



جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت



كلية الحقوق

قسم الحقوق

## العقود التمهيديّة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - تخصص: قانون خاص

من إعداد الطّالبيين:

- القرش رضوان

- بن موسى ماحي محمد الأمين

تحت إشراف:

د. مجاجي سعاد

لجنة المناقشة:

الرئيس	د. براهيمى آسية	أستاذ محاضر "ب"	جامعة بلحاج بوشعيب
المشرف	د. مجاجي سعاد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة بلحاج بوشعيب
المتحن	د. بردان صافية	أستاذ محاضر "أ"	جامعة بلحاج بوشعيب

السنة الجامعيّة: 2023/2022

سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ رَبَّنَا اللَّهُمَّ

{ قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ (32) }.

سورة البقرة: 32

# التشكرات و العرفان

أولا وقبل كل شيء، نحمد الله ونشكره على نعمه التي لا تعد و لا تحصى أن تفضل علينا بتوفيقنا في مسارنا الدراسي و على إنهاء هذا العمل الذي نتوسل أن يتقبله منا.

لنا عظيم الشرف أن نتوجه بالشكر الجزيل و الامتنان إلى أستاذتنا الفاضلة، مجاجي سعاد على كل المجهودات المبذولة من وتوجيهاتها وإرشادها لنا و بفضل الله و عونه تمكنا من إعداد هذا العمل.

كما نتقدم بالشكر و الامتنان للسادة أعضاء المناقشة لقبولهم وتحملهم عناء مراجعتها ومناقشتها، وإنه لمن دواعي سرورنا أن نستفيد من ملاحظاتهم ونقوم هذا العمل.

وفي الأخير نتقدم بعبارات الشكر و التقدير لكل من كان له يد في إنجاز هذا العمل، وفقهم الله وجعلها في ميزان حسناتهم.

# الاهداء

أحمد الله عزوجل على منه و عونه لإتمام هذا البحث.

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له آماله، إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى، إلى الإنسان الذي امتلك الإنسانية بكل قوة، إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديسه للعلم، إلى مدرستي الأولى في الحياة، أبي الغالي على قلبي أطال الله في عمره.

إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء والحنان، إلى التي صبرت على كل شيء، التي رعنتني حق الرعاية و كانت سندي في الشدائد، و كانت دعواها لي بالتوفيق، تتبعنتني خطوة خطوة في عملي، إلى من ارتحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي نبع الحنان أمني شفاها الله أعز ملاك على القلب و العين جزاها الله عني خير الجزاء في الدارين.

## اليهما أهدي ثمرة جهدي المتواضعة.

كما أهدي هذا العمل المتواضع لكي أدخل على قلبها شيئا من السعادة الى أختي التي تقاسمت معي عبء الحياة التي أطلب الله أن يوفقها لكل ما يحبه و يرضى.

كما أهدي الى كل من اخوتي و اخواتي محمد الاكبر و الاصغر و سارة (وابنائها ألاء و رسيم) و ليلي (و ابنها انس) و هاجر و كل الزملاء بالجامعة حفظم الله و اكرم نزلهم.

## بسم القرش رضوان

# الاهداء

الى من تشقت يداه في سبيل رعايتي الى الانسان الذي علمني كيف يكون  
الصبر طريق النجاح الى القوة والذي الحبيب شفاه الله و اطال الله في  
عمره

الى من رضاها غايتي و طموشي الى من اعطتني الكثير ولم تنتظر الشكر  
الى صاحبة البصمة في حياتي والدتي الحبيبة اطال الله في عمرها  
الى مصدر فخري و رفيق البيت الطاهر الانيق شقيقي الاصغر  
الى كل الاصدقاء و احبتي الكرام وكل من ساعدني وكان له دور من  
قريب ومن بعيد في اتمام هذه الدراسة راجيا من الله ان تكون نافذة علم و  
بطاقة معرفة و ان ينفع و ينفع بنا

كهن موسى ماحي محمد الامين

# قائمة المختصرات

ص: الصفحة

مج:المجلد

ع:العدد

ق.القانون

ق.م:القانون المدني

ق.م.ج:القانون المدني الجزائري

ق.م.ف:القانون المدني الفرنسي

ق.م.م:القانون المدني المصري

مقدمة

يعد القانون المدني الشريعة العامة و الأصل الذي يجب الرجوع إلى إذا ما انعدم نص في مسألة معينة ، وهو بمثابة العمود الفقري لباقي فروع القانون كما يعتبر العقد من أهم صور التصرفات القانونية في الحياة الاجتماعية و الاقتصادية التي يهتم القانون المدني بتنظيمها، لذا تحظى نظرية العقد بمكانة بارزة في التشريعات المعاصرة مثلما حظيت بها سابقا في التشريعات القديمة التي اهتمت بتنظيم العقود الخاصة قبل التطرق لفكرة النظرية العامة للعقد، وقد تبلورت هذه الأخيرة مع إصدار القانون المدني الفرنسي والتي نالت من مكانة أحكام العقود الخاصة والتي أصبحت محصورة في الأصناف الكبرى للعقود كعقد البيع<sup>1</sup>.

فالعقد نظام فريد خدم البشرية واسهم في صناعة تقدم حياة البشر و لولا العقد ما كانت المبادلة منذ فجر التاريخ البشري و التي يعتمد عليها بصورة لم يكن الإنسان لتتقدم حياته دونها، فالعقد كان وليد ضرورة الحياة وتقدم الإنسان و منذ بدأ تطور نظام التعاقدات فيما بين أفراد البشرية ظهر العقد وليد إرادة الأطراف الداخليين فيه و الذين يلتزمون بآثاره بإرادتهم ورضاهم، وقد أدى ذلك إلى نشوء نظام العقد الذي تضمن قوة تحتم على أطراف العقد الرضوخ و القبول و الاحتكام إلى ما تضمنه العقد من آثاره و العقد هو التوافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني و هو من أهم مصادر الالتزام و ذلك لأنه يرتب التزامات على عاتق المتعاقدين وهذه الالتزامات لا يمكن التهرب منها أو العدول عن الإرادة التي جسدت في العقد على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين و الخطأ في التطبيق نصوصه هو خطأ التطبيق القانون ،

1 موهاب سارة ،علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود،مجلة دراسات القانونية المقارنة،مج07 ع01كلية حقوق وعلوم السياسية، جامعة الدكتور يحي فارس بالمدينة ، 2021، ص541.

فيمنع على أي من المتعاقدين نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين ويمر العقد بمرحلتين وهي مرحلة التكوين ومرحلة التنفيذ<sup>1</sup>.

فإذا نشأ العقد صحيحا التزم الطرفين بما يترتب عليه من آثار و لا يستطيع أي منهما التحلل من ذلك الآثار بإرادته المنفردة إذ العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه كي يلتزم المتعاقدين ينبغي أن نبين الحدود التي يلزم الطرفان فيها، وذلك أن العقد يلزم طرفيه ليس فحسب في حدود ما تم الاتفاق عليه بينهما بل أنه يكون ملزما لهما بكل ما يعد من مستلزماته وفقا للقانون و العرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام أي تحديد النطاق الذي يلتزم فيه الطرفان يقتضي أن نبين هذا النطاق، وبيان هذا النطاق يستلزم أن نفسر العقد إذا كان في حاجة إلى تفسير لبيان ما انصرفت إليه نية الطرفين و الحدود التي أراد الالتزام فيها كما يستلزم كذلك معرفة طبيعته و القواعد القانونية التي تنطبق في شأنه و بالتالي الآثار التي تترتب عليه حتى و لو لم يتفق عليها بصورة صريحة مباشرة بين الطرفين طالما أن نيتها لم تتصرف إلى استبعادها وهذا ما يقتضي القيام بعملية تكييف العقد و بذلك يمكننا أن نعين النطاق الذي يلتزم فيه الطرفان، فإذا ما تم تحديد النطاق الذي يلتزم الطرفان في حدوده و كان على كل منهما القيام بما التزم به بموجب العقد أي كان عليه تنفيذ التزامه فإذا لم يقوم أحد الطرفين بتنفيذ ما التزم بها و قام به بطريقة مخالفة لما هو واجب عليه كما تعينت مسأله جزء عدم القيام بتنفيذ التزاماته التي يفرضها العقد<sup>2</sup>.

إن العقود لم تظهر إلا بعد الحاجة إليها فالإنسان في القديم لم يحتاج إلى العقود كون جميع احتياجاته متوفرة أمامه لقلتها لا يمنعه منها احد وقد كان يقوم شخصا بإشباع حاجته عن طريق إنتاج ما يلزمه ويحتاج إليه من الطعام واللباس والسكن ،ولما كثر عدد الأفراد وتزايدت احتياجات الفرد شعر

1 معمري صونية ،عرب نورة،تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ،شهادة ماستر ،قانون خاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2017، ص01.

2 فرجالي أسماء، آثار العقد من حيث الموضوع، شهادة ماستر، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر ، 2013، ص04.

الإنسان أنه بحاجة إلى من يستطيع تلبية رغبته من الاحتياجات التي كثرت و تعددت و تنوعت و لم يكن بوسعها إشباعها كلها بمفرده أما لعدم قدرته على ذلك أو لعدم رغبته في إنتاجها بنفسه فاندمج الفرد في إطار الجماعة الضيقة ،و بدأت هذه الجماعة تتقاسم العمل فيها بينها وصار لكل فرد منهما عمل يختص به وبعد أن تعددت الجماعات وكثرت الاحتياجات وتزايدت المنتجات وذلك باستقرار الإنسان وترك حياة التنقل و اشتغاله بالزراعة حيث ارتبط بالأرض وانخرط في سلك الجماعة الواسعة عند ذلك صار الإنسان يفكر في الأخذ والعتاء والتبادل الحاجات ،فكان من الضروري التزام كل من الطرفين بتقديم الفائض لديه و أخذ ما يلزمه هذا الالتزام هو التعاقد بين الطرفين لتنفيذ الإرادة و الرغبة في التبادل وتنوعت صور المبادلات وهي في الجملة تخضع لنظرية العقد، التي تنظم حركة النشاط الاقتصادي وتضبط أصول التعامل و حرية التجارة وتبادل الأعيان والمنافع أي ما يسميه الاقتصاديون السلع و الخدمات، والعقود جند أساسي في جميع الأعمال المالية ولاسيما الأعمال المصرفية لأنها تحدد مسؤوليات وشروط كل التعامل و حرية التجارة و تبادل الأعيان والمنافع اي ما يسميه الاقتصاديون السلع والخدمات، كما أنها بند أساسي في جميع الأعمال المالية و لاسيما الأعمال المصرفية لأنها تحدد الاشتراطات والمسؤوليات كل طرف من أطراف العملية<sup>1</sup>.

لكي يتم التعاقد في صورته النهائية لابد من تعبير كل من المتعاقدين عن إرادته في إتمام التعاقد و المقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين فيصدر إيجاب يليه قبول مطابق له. وحتى يصبح الإيجاب باتا لابد أن يخرج من دور المفاوضات وهي أدوار لابد منها في التعاقد مع إلزامية أن يقصد صاحبه به إيجاد أثر قانوني جدي ولا بد أيضا أن يقابل هذا الإيجاب قبول صادر من الطرف الآخر، فإذا توافقت الإرادتين وتطابق الإيجاب والقبول وفقا لما سبق و لما هو معروف في نظرية العقد

1 العقود-نشأتها- وتكييفها- الشرعي <https://saudi-lawyers.net> تاريخ الاطلاع 01/06/2023 على الساعة

فإن التعاقد يأخذ صورته النهائية ويصبح باتاً، لكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي، مرحلة تمهيدية، تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية وهي المرحلة التي يمكن الحديث فيها عن العقود التمهيدية<sup>1</sup>.

تظهر أهمية هذا الموضوع في أن هذه المرحلة تتشا بما يسمى بالالتزام بالإعلام أي التزام الطرف بتبيين الطرف الآخر بعض الظروف الجوهرية في التعاقد كالإفصاح عن العيوب في الشيء المبيع أو تقديم نصيحة للطرف الآخر كما أنها تتمثل في أن يقع في أثنائها من مفاوضات و تبادل لوجهات النظر يعد واحداً من وسائل تفسير العقد عند تنفيذه ففي هذه المرحلة يمكن الكشف عن نية المشتركة للمتعاقدين من خلال ما اتخذوا فيها الطرفان من إجراءات ومن تبادل وجهات النظر ذلك أن طبيعة المهمة التي يقوم بها الطرفان في هذه المرحلة تفرض على كل منهما التزامات معينة تنتج عن الثقة التي وضعها في الطرف الآخر كالتزام بعدم التفاوض دون نية التعاقد و الالتزام بعدم قطع المفاوضات في وقت غير مناسب<sup>2</sup>.

بحيث و نحن نقف أمام هذا الموضوع نتساءل ما هي طبيعة و أقسام العقود التمهيدية وما علاقتها بالعقود الأخرى ومدى تأثيرها على إبرام العقد المستقبلي؟

و يندرج موضوعنا ضمن العقود التمهيدية والتي تعرف بالعقود التحضيرية المبرمة من طرف المتفاوض قبل العقد النهائي المنشود فهي عقود مرحلة سابقة على التعاقد يتطلع بها الأطراف إلى تحقيق

1 مقالة صادرة عن مصطفى الفوركي مجلة القانون و الأعمال الدولية مختبرالبحث قانون الأعمال بجامعة الحسن الأول، سطات، المغرب، 2014، <https://www.droitentreprise.com> تاريخ الاطلاع على 01/06/2023 على الساعة 22:20

1 مجلة مغرب القانون، العقود التمهيدية في التشريع المغربي، 2018، <https://www.maroclaw.com/> تاريخ الاطلاع 02/06/2023 على الساعة 10:36

العقد النهائي، كما أنها عقود تتوافق فيها إرادة الأطراف من إيجاب و قبول على وجه يختلف على عرض بالتعاقد الذي لم يصدر منه قبول طرف الآخر في العقد.

عند دراستنا لموضوعنا واجهنا قلة مؤلفات الفقهية التي تناولت دراسة موضوع العقود التمهيدية وهذا مما دفعنا إلى البحث في الدراسات الأكاديمية من أطروحات دكتوراه و المذكرات والمقالات نذكر أحدها: الإطار القانوني للوعد بالتعاقد دراسة فقهية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016 للأستاذ بلحاج العربي وكذلك بعض المذكرات والمقالات الأخرى والتي تتناول المرحلة السابقة للتعاقد.

ومن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع المتمثل في العقود التمهيدية هي أسباب ذاتية تتمثل في الميل الشخصي لدراسة هذه العقود و ارتباطها بالعقود النهائية و كذلك الوقوف على مدى القوة الملزمة للعقود التمهيدية في المرحلة السابقة للتعاقد.

تهدف دراستنا إلى بيان جوانب القانونية المنظمة لموضوع العقود التمهيدية من خلال تبين مفهومها وأنواعها وأحكامها كذلك بيان أثر إرادة المتعاقدين في هذه المرحلة وما يقع عليهم من التزامات واجهتنا بعض الصعوبات خلال جمع المراجع وتحصيلها و نخص بالذكر العقد الإطار نظرا لعدم اهتمام المشرع الجزائري لهذا العقد وانعدامه في القانون الجزائري.

ومن خلال دراستنا لموضوعنا اتبعنا المنهج التحليلي مع المنهج المقارن باعتبارهم المناهج المناسبة لهذا النوع من البحوث والتي تقوم على جمع و تحليل و عرض المادة العلمية وكذلك المقارنة لأن الموضوع لم يقتصر على موقف القانون الجزائري فقط بل وانه زاد نطاق البحث فيه إلى بيان موقف القانون الفرنسي والقانون المصري بعض القوانين الأخرى.

و للإجابة على الإشكالية السابقة المطروحة قسمنا موضوع بحثنا إلى فصلين:

الفصل الأول: العقود التمهيدية التقليدية والتي قسمناها إلى المبحثين أولهم، وعد بالتفصيل ووعدهم بالتعاقد أما في المبحث الثاني تمثل في العقد الإطار والعقد الابتدائي

الفصل الثاني: العقود التمهيدية الحديثة فقط تطرقنا فيه إلى عقد حفظ الحق بصفة شاملة والذي يعتبر حديث النشأة في التشريع الجزائري.

# الفصل

## الأول

العقود التمهيديّة التقليديّة

العقود التمهيديّة التقليديّة نظمتها عدة دول في تشريعاتها وعلى رأسها التشريع الفرنسي وقد قمنا بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين الأول المتمثل في الوعد بالفضيل والوعد بالتعاقد أما المبحث الثاني فقد تطرقنا إلى العقد الإطار و العقد الابتدائي.

## المبحث الأول: الوعد بالتمهيد و الوعد بالتعاقد

صدر المرسوم رقم 131 / 2016 في فرنسا بإجراء أهم و أوسع إصلاحات تشريعية عرفها القانون المدني الفرنسي منذ صدوره قبل ما يزيد على مائتي عام وفي نظرية الالتزام تحديداً مستلهما مبادئ الأمن القانوني والعدالة العقدية و الأمانة العقدية، منسجماً مع مبادئ القوانين الأوروبية في مجال العقود هذا بالإضافة إلى أنه استحدث العديد من المبادئ و الأحكام استطاع من خلالها أن يقيم حدوداً حول الالتزام العقدي الرئيس حماية له في مواجهة أية شروط تجرده من ماهيته و أن يدعم حماية الطرف المذعن في مواجهة الشروط التعسفية، و أن يتيح للمتعاقدين أحياناً إدارة العقد بعيداً عن سلطة القاضي<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: الوعد بالتعاقد

يعتبر الوعد بالتعاقد نموذجاً بارزاً للاتفاقات الممهدة للتعاقد التي قد تتخلل مرحلة المفاوضات العقدية فهو من العقود التمهيديّة المؤقتة التي قد تسبق إبرام العقد النهائي المنشود الذي يقصده الطرفان؛ إذا أظهر الموعود له مستقبلاً رغبتة في ذلك، خلال المهلة المتفق عليها، إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية من المتعاقدين وهو من مقدمات العقد الموعود به، ما دام أن الموعود له لم يعبر عن رضائه. والدراسة الحالية هي محاولة فقهية اجتهادية، تتعلق بالبحث في بعض إشكاليات الوعد بالتعاقد في المرحلة السابقة من التعاقد النهائي المقصود وفقاً لقانون العقود الفرنسي الجديد النافذ منذ عام 2016 بعد تعديله بموجب الأمر رقم 131/16، وأحدث الاجتهادات القضائية العملية في محاكم النقض الفرنسية و العربية<sup>2</sup>.

1 اشرف جابر ، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية لمحات بعض المستجدات، ملحق خاص - ع2 الجزء الثاني كلية الحقوق جامعة حلوان مصر 2017 ص285.

2 بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد، مجلة كلية القانون الكويتية، السنة 9، ع 3، كلية الحقوق جامعة الكويت 2021 ص 191 .

## الفرع الأول: مفهوم الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو اتفاق يلزم بمقتضاه شخص يسمى الواعد مع شخص آخر يسمى الموعد له بإبرام عقد معين في المستقبل، إذا ما أظهر الموعد له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها. فالوعد بالتعاقد هو عقد يمهد لإبرام العقد الموعد به يستلزم بالتالي توافق الإرادتين لنشؤئه قد يكون ملزم لجانبين أو ملزماً لجانب واحد<sup>1</sup>.

كما تضمن القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم 131 لسنة 2016 المادة (1124) من ق.م.ف الخاصة بالوعد بالتعاقد التي نصت على أن (الوعد من جانب واحد هو العقد الذي يمنح بموجبه أحد الأطراف، الواعد، الطرف الآخر المستفيد، مكنة الخيار في إبرام عقد تحددت عناصره الجوهرية وفي إنشاء عقد لا ينقصه سوى رضا المستفيد، ولا يحول الرجوع عن الوعد خلال الوقت المتبقي عن ممارسة المستفيد دون إنشاء العقد الموعد به و يعد العقد المبرم خلافاً للوعد من جانب واحد مع الغير الذي يعلم بوجوده باطلاً) ولم يكن القانون المدني الفرنسي قبل التعديل يعالج الوعد بالتعاقد بنص صريح وإنما أورد ضمن النصوص المنظمة، أحكام عقد البيع المادة 1589 التي نصت على أن "الوعد بالبيع يعدل البيع إذا كان بين الطرفين رضا متبادل على الشيء وعلى الثمن" و التي أصبحت الأساس القانوني الذي بنى عليه الفقه<sup>2</sup>.

1 إبراهيمي فايزة التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان الجزائر 2009 ص 51.

2 احمد عبد الله احمد، جزاء الإخلال الوعد بالتعاقد في ضوء تعديل القانون الفرنسي، مذكرة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، 2021 ص 300 .

## الفرع الثاني: صور الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو مرحلة تتسبب إبرام العقد نهائياً، فهو عقد يمهد للعقد المنشود مستقبلاً وفقاً لأحكام المادة 71 من ق.م.ج، أي أنه اتفاق يعد بموجبه أحد المتعاقدين أو كلاهما بإبرام عقد معين في المستقبل إذا ما أبدى الموعود له أي المستفيد من الوعد رغبته في ذلك خلال المدة المحددة في الوعد، فالوعد بالتعاقد بهذا المفهوم ينعقد بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، وبهذا فهو يختلف عن الإيجاب الملزم في أنه عقد كامل يشتمل على جميع العناصر الجوهرية للعقد أي أنه أكثر من الإيجاب باقترانه للقبول، وعلى ذلك فقد يتخذ الوعد بالتعاقد في الحياة العملية صورة الوعد الملزم لجانب واحد وهو العقد الأحادي الجانب كما أنه قد يتخذ صورة الوعد الملزم للجانبين وهو الوعد المتبادل بالعقد وهو ما سنتطرق إليه<sup>1</sup>.

### أولاً: الوعد الملزم لجانب واحد

الوعد الملزم لجانب واحد يوعد فيها أحد طرفين الطرف الآخر بإبرام عقد معين في توافر الشروط المحددة في حين يبقى الموعود له حر فالوعد بالإرادة المنفردة عقد بأتم الكلمة، ذلك لأنه لا يتكون إلا بالتقاء الوعد بقبول يقع على الوعد بحد ذاته، ويحول العرض إلى عقد لذلك فلا يجوز الخلط بين الوعد بالعقد والعرض ذلك لأن الوعد بالعقد يكون مقترناً بمدة معينة للموعود له خلالها حق الخيار بين إبداء الرغبة في إبرام العقد النهائي أو عدم إبدائها في حين إن العرض يكون واضحاً يأتي في شكل كتابي أو شفهي

، وقد يكون ضمناً مثال: قد يرغب طبيب في بناء مستشفى أو ترغب جمعية في بناء مدرسة و يقتضي هذا العمل أن يقوم على قطع متجاورة من الأرض تعود لعدة مالكين فيعتمد صاحب المشروع إلى

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 126.

الحصول على وعد بالبيع من كل واحد من المالكين على حدة، فإذا اكتملت له وعود من جميعهم أبدى رغبته بالشراء، و استطاع الحصول على العقارات اللازمة لبناء المستشفى أو المدرسة<sup>1</sup>.

فقد يحتاج شخص إلى قطعة أرضية مثلا تكون بقرب من مصنعه أو عمله يخصصها لتوسيع نشاطه فيكتفي بالتعاقد مع صاحبها على أن يتعهد هذا الأخير ببيع الأرض له إذا أبدى المشتري رغبته في الشراء في مدة معينة فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر وهنا نكون أمام الوعد بالبيع من جانب واحد<sup>2</sup>.

فالوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد يختلف تماما و منفصل عن العقد النهائي وهو ما أكدته المادة 73 من القانون المدني الكويتي على الفصل بين العقد النهائي، والوعد بالتعاقد حيث نص على قيام عقد الوعد بالتعاقد بمجرد أن يرتضيه من صدر الوعد لصالحه و اتصل رضاه بعلم الواعد خلال المدة المحددة لبقاء الوعد مع مراعاة الشروط الأخرى في المادة 72 من نفس القانون<sup>3</sup>.

### ثانيا: الوعد الملزم لجانبين

يعتبر الفكر الكلاسيكي، أن العقد الملزم لجانبين هو العقد النهائي، معناه أن تنفيذ العقد معلق على شرط واقف إذ أن الأطراف قد اتفقت على أساسيات العقد بشكل كامل كالمبيع و الثمن في عقد البيع ولا تنقصه إلا الشروط القانونية كالتوثيق .

1 إبراهيم فايزة المرجع السابق، ص53

2 كهينة قونان، الوعد بالتعاقد تكريس لحق التفكير في المرحلة السابقة على التعاقد، حوليات جامعة الجزائر 1، مجلد 34، العدد 04، 2020 ص75.

3 جمال فاخر النكاس العقود و الاتفاقيات الممهدة للتعاقد واهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على العقد المجلد 20 ع 1 مجلة الحقوق الكويتية 1996 ص142

أما في الفقه المعاصر فيرى أن الوعد الملزم لجانبين هو منفصل عن العقد النهائي، و ضرورة التفرقة بينهم ، و إن علق على شرط واقف فهو عقد قائم ولكن تنفيذه مؤخر أو مهدد، وبين عقد الوعد بالتعاقد، الذي يمهد لعقد آخر هو المقصود في النهاية<sup>1</sup>.

فالوعد بالتعاقد الملزم لجانبين أو المسمى التعهد المتبادل بإبرام عقد نهائي، هو عقد ابتدائي يمهد للعقد النهائي المراد إبرامه بين الطرفين مستقبلاً<sup>2</sup>، فقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على اعتبار الوعد الملزم لجانبين الذي تتعته في قراراتها بالتعهد التبادلي بالبيع ' Les promesses synallagmatiques de vente بأنه : ملزم للطرفين يساوي عقد البيع .إذا تم تحديد المبيع و الثمن في اتفاقية الوعد المتبادل<sup>3</sup>.

و من تم قضت الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية .بتاريخ 1984/11/21 بأن "الاتفاقية المنعوتة بالبيع الملزم للطرفين من طرف قضاة الأساس، لا يمكن أن تحلل وفقاً للمادة 1103 من القانون المدني إلا كوعد أحادي الجانب فالبائعة بالفعل في قضية الحال هي التي تعهدت وحدها وبالتالي لم يكن هناك عقد ملزم للطرفين بالبيع"<sup>4</sup>.

1 المرجع نفسه ص 145 .

2 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 198

3 نقض تجاري فرنسي، 1989/04/25 النشرة المدنية 4 رقم 136، ص 91 بتاريخ 1990/01/16 المجلة الفصلية للقانون المدني 1990 RTDciv، ص 462، ملاحظات جون ميستر

4 نقض مدني فرنسي، غرفة بتاريخ 1984/11/21 المجلة الفصلية للقانون المدني 1985 RTDCiv. ص 591 ملاحظة ريمي.

## الفرع الثالث: شروط الوعد بالتعاقد و آثاره القانونية

### أولاً: شروط الوعد بالتعاقد

يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد بنوعيه الملزم لجانب واحد و الملزم لجانبين مجموعة من الشروط سواء كانت الشروط العامة اللازمة لصحة العقد و التي تتمثل في إمكانية المحل ومشروعيته والشروط الخاصة بالوعد المنصوص عليها في المادة 71 من ق.م.ج.<sup>1</sup>.

#### أ: الأهلية :

في الوعد من جانب واحد يشترط أن يكون الواعد أهلاً للتعاقد على العقد الموعود له، ويكون وعده حينئذ صحيحاً و لو فقد الأهلية عند إبرام العقد النهائي بشرط أن لا تزيد التزاماته عما كانت عند الوعد، كما يشترط أن تخلو إرادة الواعد من عيوب الرضاء عند صدور الوعد منه، في المقابل الموعود له في الوعد الملزم لجانب واحد لا تشترط فيه الأهلية حتى إعلانه في رغبته لإبرام العقد الموعود به، كما يشترط أن يكون رضاه خال من العيوب أثناء صدور الوعد له و أثناء إظهار رغبته في إبرام العقد، أما الملزم للجانبين فيشترط توافر الأهلية لكلاهما على العقد الموعود به أثناء صدور الوعد وأن يكون رضائهما يخلو من العيوب في هذه المرحلة<sup>2</sup>.

1 علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، الجزائر،

جوان، 2015، ص 46.

2 كهينة قونان، المرجع السابق، ص 16.

**ب: المحل**

يجب أن يكون للوعد محل يستوفي لشروطه في العقد وقت إبرام العقد النهائي لأن الوعد وسيلة إلى التعاقد و التعاقد يشترط في محله أن يكون مشروعاً و عليه فان المحل يبطل وأن كان مشروعاً وقت الوعد و لم يكن كذلك وقت العقد النهائي<sup>1</sup>.

بالأخير نستنتج أن المحل هو العقد النهائي المراد إبرامه و يجب أن تتوافر في المحل الشروط المعهودة كالوجود و الإمكانية و المشروعية فإذا كان العقد مثلاً وعداً للبيع فلا بد أن يكون هذا البيع ممكناً ومشروعاً<sup>2</sup>.

**د: تعيين العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه**

ومعناه تحديد ماهية و طبيعة وموضوع العقد الموعود به مستقبلاً من تحديد أركانه وشروط الأساسية التي يرى المتعاقدان ضرورة الاتفاق عليها، و التي من دونها ما كان يتم العقد بينهما فضلاً عن المهلة المحددة التي يجب إبرامها خلالها و استقر اجتهاد المحكمة الجزائرية في احد قراراتها على أنه "لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر قانوني إلا إذا عينت جميع المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه و تم تحديد المدة التي يتم فيها إبرام العقد النهائي المراد إبرامه في المستقبل فضلاً عن المدة المحددة التي يجب إظهار الرغبة من خلالها ينفي عن العقد صفة الوعد عملاً بإحكام المادة 71 من ق.م.ج<sup>3</sup> كما قضت محكمة النقض المصرية في قرار على اشتراط جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به لانعقاد العقد

<sup>3</sup>كهيبة قونان، المرجع السابق، ص 77.

<sup>1</sup>إبراهامي فايزة، المرجع السابق، ص 601

<sup>2</sup>راجع قرارات المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 2001/05/23 ملف رقم 247607، مرجع سابق، بتاريخ 2000/05/24 ملف رقم 223852 مرجع سابق 1993/12/22 ملف رقم 106776 مرجع سابق، بتاريخ، 1990/03/26، ملف رقم، 56500 مرجع سابق.

وعلى هذا إذا كان العقد المرتقب بيعا وجب على الطرفين في عقد الوعد بالبيع تعيين المبيع وتحديد الثمن وتحديد المدة المحددة التي يجب فيها على الموعود له إظهار رغبته في الشراء خلالها<sup>1</sup>.

### ج: تحديد مدة إبرام العقد الموعود به

ينبغي أن يتضمن الوعد تعيين المدة التي يجب خلالها الإعلان عن الرغبة في إبرام العقد الموعود به و يقصد بذلك تحديد مدة معينة يتعين على الموعود أن يظهر خلالها إرادته في إبرام العقد النهائي والاتفاق على المدة لا يشترط أن يكون صريحا بل يمكن أن يجوز أن يكون ضمنيا فيحقق للثاني أن يستخلص من الظروف الاتفاق المدة التي يقدرها لنفاذ الوعد<sup>2</sup>.

غير أن لم يرد في نص المادة 1124 الجديدة من القانون الفرنسي من القانون المدني الساري المفعول 2016 في مقتضياتها ما يوجب أن يتضمن الوعد بالتعاقد تحديد المدة التي يكون الموعود له أن يبدي رغبته في التعاقد النهائي خلالها وهو في الحقيقة مسلك منتقد من المشرع الفرنسي لأن الوعد بالعقد يأتي دائما بصيغة المستقبل وعدا ملزما إذا انصرفت إلى ذلك إرادة الطرفين في الوعد لإبرام العقد النهائي المقصود مستقبلا فهو إذن لا يقوم إلا إذا ارتضاه الموعود له و تصل رضاه بالواعد خلال المدة المحددة المتفق عليها لبقاء الوعد<sup>3</sup>. و على ذلك حكمت محكمة النقض المصرية بان الجزاء المترتب على عدم تحديد المدة في الوعد الملزم لجانب واحد هو بطلان عقد الوعد بالبيع لان تعيين المدة لإظهار الرغبة في شراء في خلالها هو شرط أساسي فيه أما في الوعد الملزم لجانبين فلا يعد العقد وعدا بالتعاقد عند عدم

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 215

<sup>1</sup> براهامي فايزة، المرجع السابق، ص 61

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 220

تحديدها إنما هو عقد بيع تام ملزم لطرفيه بحلول الموعد المتفق عليه شريطة أن لا يكون التعاقد غير شرعي<sup>1</sup>.

### و: الشكليّة:

يتم الوعد في نفس الشكليّة الذي يستلزمه القانون لإجراء العقد النهائي فإذا كان العقد الموعود بإبرامه شكلياً وجب أن يتم الوعد في نفس الشكل و إلا وقع باطلاً عملاً بنص المادة 2/71 من ق.م.ج كالرهن الرسمي الذي يعتبر من العقود الشكليّة فلا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي من اشتراط الشكليّة في الوعد بالعقد في منع الأفراد من التحايل على أحكام القانون، بالنسبة لاستلزام الشكليّة في العقد الأصلي فالمنطق يقضي بأنه مادام إن القانون يخضع العقد الأصلي لشكليّة معنيّة فإن الوعد بإبرام هذا العقد يجب أن يخضع لنفس الشكليّة لتمامه<sup>2</sup>.

فإذا لم يشترط الشكل استطاع الطرفان أن يتفقا على إبرام عقد رسمي بمجرد وعد وعلى أن يرفع أحدهما دعوى بصحة التعاقد ومتى صدر حكم فيها قام مقام العقد النهائي و نقل ملكية العقار بمجرد تسجيله وتهرب الطرفان من الشكل الرسمي المطلوب في بيع العقار طبقاً للمادة 324 مكرر/1 من ق.م.ج<sup>3</sup>.

في المقابل فإن المشرع الفرنسي اوجب تحت طائلة البطلان استيفاء الشكليّة بالنسبة لعقد الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد المنصب على عقار أو حق عيني عقاري إذا تجاوزت مدة الوعد 18 شهراً بمفهوم المخالفة إذا تم إفراغ عقد الوعد بالبيع في صيغة عقد عرفي فإنه يكون صحيحاً طالما لم تتجاوز مدته 18 شهراً و هذا و إن كان المشرع الفرنسي حصر استيفاء الشكليّة في عقود الوعد بالبيع العقاري

<sup>1</sup> محكمة النقض المصرية نقض مدني مصري بتاريخ 2003/03/30 طعن رقم 43/570 بتاريخ 2003/03/20 طعن رقم 64/1915 بتاريخ 1984/06/12 طعن رقم 51/363 بتاريخ 1973/04/11 طعن رقم 37/11 س 24 رقم 115 ص 649

<sup>2</sup> كهينة قونان، المرجع السابق، ص 79

<sup>3</sup> علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 47

التي تتجاوز مدته 18 شهرا فإنه في المقابل اوجب تسجيل كافة عقود الوعد بالبيع العقاري مهما كانت مدتها وسواء رسمية أو عرفية و ذلك في اجل 10 أيام من تاريخ قبول الوعد من طرف الموعد وذلك حسب نص المادة 2-1589 من ق.م.ف.<sup>1</sup>

### ثانيا: الآثار المترتبة عن الوعد بالتعاقد

وبعد توفر الشروط المذكورة أعلاه في الوعد بالتعاقد فإنه تترتب عليه آثار قانونية سنتناولها كالاتي والمتمثلة في مرحلتين.

#### أ: قبل إبداء رغبة الموعد له في التعاقد

يظل الواعد ملزما قانونا بالبقاء علو وعده في الوعد من جانب واحد خلال المدة المحددة المتفق عليها في الوعد وهي المرحلة الزمنية السابقة على إبداء الموعد له رغبته، وذلك أن الوعد عقد فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، بالتالي يلتزم الواعد بالبقاء على وعده أو بإبرام العقد النهائي عند حلول موعد عند إعلان الموعد له رغبته في التعاقد فيصبح الموعد له دائنا للواعد بحق شخصي ، ولو كان محل الوعد عقدا من العقود العينية الناقلة للملكية كالوعد بالبيع العقاري ، لأنه حقه العيني هذا لا يوجد إلا من وقت التعاقد النهائي مع مراعاة قواعد التسجيل و الشهر العقاري<sup>2</sup>.

و في المقابل تجدر الإشارة على أن المشرع الفرنسي استقر في ظل ق.م. القديم على انه يجوز للموعد له المطالبة بالتعويض دون التنفيذ العيني و ذلك في حالتين: الأولى ، و هي عدول الواعد قبل انقضاء مدة الوعد و قبل إبداء الموعد له رغبته في التعاقد حيث أن هذه الحالة و أن عدل واحد منهم

<sup>1</sup> شهيد محمد سليم ، الوعد بالتعاقد في ظل الاتجاهات الحديثة في العقود ، المجلد 08 ، العدد 02 مجلة دولية محكمة و

أكاديمية متخصصة و مصنفة تصدر عن جامعة سعيدة الدكتور الطاهر مولاي / الجزائر ، 2021 ، ص 768

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 228

فانه ينقص لتمام العقد شرط إبداء الرغبة و التي بدونها لا يتحقق ركن التراضي في عقد البيع النهائي ، و بقي هذا الاجتهاد سائدا إلى غاية تعديل ق.م.ف 2016 حيث ان المشرع الفرنسي سلك اتجاها مغاير لاتجاه محكمة النقض حاول من خلاله تعزيز فعالية عقد الوعد ، ذلك من خلال نص مادة 1124 من قانون العقود المذكورة سالفا، و يتبين أن مشرع الفرنسي اهتم أكثر بالقوة الملزمة لعقد الوعد معتبرا أن الواعد سبق وأن منح موافقته في إبرام العقد الموعود به و لم تعد نهائية و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 2021/06/23 حيث اعتبرت أن عدول الواعد قبل إبداء الرغبة لا يمنح التنفيذ العيني لعقد الوعد بالبيع<sup>1</sup>.

فإذا اخل الواعد بوعده عن طريق التصرف بالشئ الموعود له للغير فهو قد اخل بالتزاماته بالبقاء على إيجابه و عدم سحبه لأنه تصرف بالشئ الموعود به و هذا التصرف من جانبه الواعد يكون نافذا في حق الموعود له الذي ليس له سوى المطالبة بالتعويض لأنه لا يملك إزالة الواعد سوى حق شخصي وجزاء الإخلال بالحق الشخصي إنما يكون بالتعويض<sup>2</sup>.

### ب : بعد إبداء رغبة الموعود له في التعاقد

بعد إبداء رغبة الموعود له في رغبته في إبرام العقد النهائي ينعقد هذا الأخير من تاريخ إبداء الرغبة وليس بأثر رجعي و يرتب العقد النهائي أثاره القانونية من هذا التاريخ فإذا كان الوعد بالبيع و أبدى الموعود له رغبته في الشراء ترتب في ذمته التزامات المشتري و في ذمة الواعد التزامات البائع فيلتزم هذا الأخير بنقل الملكية إلى المشتري و تسليم المبيع إلى جانب الالتزام بالضمان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> شهيدى محمد سليم، المرجع السابق، ص 773

<sup>2</sup> احمد عبد الله احمد، المرجع السابق، ص 301

<sup>3</sup> شهيدى محمد سليم، المرجع السابق، ص 774

وفي حالة لم يعلن الموعود له عن رغبته خلال المدة المحددة لذلك يسقط الوعد و يتحلل الواعد من التزاماته حسب نص المادة 72 من ق.م.ج فانه يمكن للموعود له في حالة نكول الواعد أن يطالبه بتنفيذ العقد و عند الحاجة فان الحكم القضائي يقوم مقام العقد<sup>1</sup>.

و من المعلوم أن رجوع الواعد عن الوعد خلال الوقت المعطى للموعود له لإبداء رغبته في التعاقد وفقا لأحكام المادة 2/1124 من ق.م.ف المعدل 2016 لا يحول قانون دون انعقاد العقد الموعود به وكذلك وفقا للمادة نفسها في فقرتها الثالثة ' يكون العقد الذي يبرمه الواعد مع الغير بالمخالفة للوعد المبرم بين الطرفين باطلا متى كان الغير الذي تم التعاقد معه سئ النية بان كان يعلم بوجود هذا الوعد و هذا حكم تشريعي صائب من ق.ع.ف الجديد باعتبار أن الغير الذي يقدم على شراء ما يعلم انه محل وعد لصالح شخص آخر يعتبر سئ النية و شريكا في الإخلال بالالتزام العقدي الواقع على عاتق الواعد بتنفيذه تعهده فيجوز الحكم عندئذ بالتعويض على هذا الغير وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الوعد بالتميز

اختلف الفقهاء في الوعد بالتميز بشأن تحديد موضوعه ففريق من الفقه يرى أن الالتزام بالتميز ينصرف إلى إبرام عقد البيع كان يكون الواعد بالتميز عندما يقرر البيع ملزما بإبرام عقد البيع مع الموعود له شريطة قبول الموعود له الثمن المقترح من قبل الغير ، والفريق الآخر يرى بان يلتزم الواعد بالتميز بعرضه بعدما قرر التعامل في الشئ المحدد مع الموعود قبل أن يعرضه على الغير معناه انه

<sup>1</sup> دحاح سهيلة، المرجع السابق، ص 774

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 233

لا يلتزم الواعد بالتفضيل بالبيع له بل يلتزم فقط بالامتناع عن التعامل في الشئ محل التفضيل مع الغير قبل عرضه<sup>1</sup>.

## الفرع الأول: مفهوم الوعد بالتفضيل

سننتظر في هذا الفرع إلى مفهوم الوعد بالتفضيل و شروطه

### أولاً: تعريف الوعد بالتفضيل

عرفته المادة الجديدة 1123 من ق.ف.المعدل 2016 في فقرتها الأولى: الوعد بالتفضيل بأنه هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه احد الأطراف أن يعطي الأفضلية للمستفيد في أن يتعامل معه في حال قرر الواعد التعاقد<sup>2</sup>،

فالوعد بالتفضيل هو اتفاق تمهيدي يمهد للعقد النهائي مما يدخل ضمن الاتفاقات الممهدة للتعاقد حيث يلتزم بمقتضاه الواعد أن يختار الموعد له دون غيره في حال إذا ما قرر فعليا التعاقد في المستقبل بشأن الشئ محل التعاقد أي انه بموجبه يلتزم الواعد حال رغبته في بيع الشئ الموعد به أن يقوم بعرضه أولاً على الموعد له و هو المستفيد من الوعد ، فهو في الفقه و القضاء الفرنسي صورة خاصة من صور الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد ، يلزم لإتمامه إيجاب الواعد و لكنه عقد تمهيدي أو اتفاق بالتفضيل

<sup>1</sup> علي فيلالي ، في العقود الخاصة بالبيع ، طبعة بالمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية،وحدة الرغاية الجزائر ،2018، ص

<sup>2</sup> Article 1123 p01 dispose que le pacte préférence est est le contrat par lequel ine partie s'engage a à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.

غير نهائي حيث يلتزم الواعد فيه في حالة ما رغب بالبيع مستقبلا بحسب ظروفه أن يعرضه أولا على الموعد له تفضيلا على غيره<sup>1</sup>.

و قد أخذ ق.ف. المعدل بتاريخ 2016-131 المؤرخ ب10 فبراير 2016 بمقتضيات حسن النية في اتفاق بالتفضيل إذ تشترط المادة 1123 لإبطال العقد الذي ابرم خرقا لما ورد فيه أو لحلول المستفيد من هذا الاتفاق في العقد الذي لم يحترم ما ورد في اتفاق بالتفضيل اثبات سوء النية الغير الذي تعاقد مع الملتزم بالتفضيل<sup>2</sup>.

فالوعد بالتفضيل قد يكون اتفاقا مستقلا بين طرفيه ، أي لا يستند إلى عقد اخر يرتبط بينهما ، ولكنه في الغالب يأتي مقترنا بعقد بينهما بحيث يكون هذا الوعد عنصرا من عناصر عقدهما ، ومثال على أن يأتي هذا الوعد ضمن عقد إيجار بين الواعد و المستفيد من الوعد، يعد الأول بمقتضاه الثاني بان يفضله على غيره إذا ما قرر بيع الشئ المؤجر مستقبلا، ان يأتي هذا الوعد في نظام الشركة لصالح الشركاء إذا ما قرر الشريك بيع حصته في، وان يأتي الوعد لصالح الناشر في عقد يربط بينه و بين المؤلف بالنسبة لبعض الأعمال، أو يأتي هذا الوعد ضمن عقد بيع عقار لصالح البائع في حال قرر المشتري بيعه،وعليه فالوعد بالتفضيل مما سبق هو كوسيلة المتعاقد تمهد لعقد مستقبل له ما يميزه عن الوعد بالتعاقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص261

<sup>2</sup> لطروش هشام ،عقد البيع دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي 2016، مذكرة ماستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2022 ص 60

<sup>3</sup> محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات المصادر العقد، مج 11، طبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2018 ص 192 .

فالوعد بالتفضيل لا يلزم الواعد البتة بالتفاوض ، لكونه اتفاقا فحسب على أن يكون ملتزما بتوجيه الدعوة إلى الموعد له بالأفضلية ، فالواعد في هذا الاتفاق يبقى حرا من جهة إبرام أو عدم إبرام العقد النهائي إذ انه يحتفظ بكامل حريته التعاقدية إنما يتمتع فقط عن التعامل مع الغير<sup>1</sup>.

هذا وقبل إدراج القانون المدني الفرنسي لهذا نوع من العقود عرف التطبيق القضائي الكثير من القرارات التي تبنت الوعد بالتفضيل ومنها التي لا تشترط وضع عنصر السعر في الاتفاق التفضيلي في تحديد المدة، أما عن تكييفه فقد كان الاتجاه السائد في الفقه و القضاء الفرنسي أن الوعد أو الاتفاق بالتفضيل يرتب حقا شخصا للمستفيد في مواجهة الواعد معلقا على شرط واقف وهو أن يرغب هذا المستفيد في البيع و يظل الواعد مالكا للمال محل الوعد بالتفضيل<sup>2</sup>.

### ثانيا: شروط الوعد بالتفضيل

إن اتفاق الأفضلية هو مجرد وعد بالتفضيل الموعد له مستقبلا يمهّد في التفاوض على العقد المقصود فإن العناصر الأساسية للعقد مراد إبرامه من أركان و ضوابط و التزامات و ثمن لم تكتمل أو لم يحصل عليها الاتفاق مما يجعل الموعد له المستفيد في المفاوضات بالأفضلية و الأولوية على غيره في الحالة التي تفتتح فيها المفاوضات العقدية بين الأشخاص عندما يقوم الواعد بإخطار المستفيد بعزمه على إبرام العقد المقصود به محل الوعد بالتفضيل و عندئذ يعرضه على الموعد له المستفيد من الوعد

<sup>1</sup> بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1، الساحة المركزية، بن عكنون ، الجزائر العاصمة، ص 153 .

<sup>2</sup> يوسف نبوكيوت ،الدعوى الاستهلامية في قانون العقود الفرنسي الجديد كآلية لتحقيق الامن التعاقدية،مجلة الدراسات القانونية المقارنة 'مج07، ع01، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان 2020 ص 1925.

تفضيلا له على غيره أي انه نشأ حق الموعد له بالأفضلية على شرط مفاده إذا رغب الواعد في بيع الشيء ولا يجوز للموعد له بالتفضيل التنازل عن حقه الشخصي إلى آخر دون رضاء الوعد<sup>1</sup>.

كما أن الشرط الوعد بالتفضيل هو اتفاق أفضلية لأنه يخضع عند تكوينه إلى الشروط العامة المقررة لصحة العقود و الاتفاقات منصوص عليها في المادة 59 و ما يليها من ق.م.ج و هذه الشروط مستقلة عن تلك المتعلقة بصحة العقد النهائي<sup>2</sup>.

وباعتبار الوعد بالتفضيل عقد تام يمهد لعقد آخر فانه يوجب لانعقاده توافر الأركان العامة لأي عقد وهي تراضي و المحل و السبب فضلا عن مدة الوعد بالتفضيل و قد اختلفت اراء الفقهاء حول ضرورة تحديدها فيمكن قول أنها فترة زمنية التي يبقى الواعد ملتزما بوعده طول هذه المدة فإذا قرر إبرام العقد خلالها فانه يلتزم بتوجيه الدعوة إلى المستفيد أولا و تختلف هذه المدة عن مدة إبداء الرغبة وهي المدة التي تبدأ من الوقت الذي قرر فيه الواعد إبرام العقد الموعد به (العقد النهائي) و التي ينبغي على المستفيد خلالها الإعلان عن رغبته في التعاقد عن عدمه<sup>3</sup>.

فقد تم تجديد في القانون العقود الفرنسي لدراسة مقارنة ليريز المشرع الفرنسي من خلال الرجوع للمادة 1123 من القانون العقود لم يذكر شرط المدة وهنا يكون قد أخذ بالاتجاه القائل بعدم إلزامية اتفاق على مدة الوعد بالتفضيل ولكن هذا لا يعني انه لا يمكن للأطراف الاتفاق على تحديد مهلة الإعلان

<sup>1</sup> بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص263

<sup>2</sup> لغواطي مصطفى امين ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر ،قانون خاص، قسم الحقوق،

المركز الجامعي بلحاج بوشعيب ،عين تموشنت الجزائر ،2017، ص44

<sup>3</sup> شهيدي محمد سليم ،لغواطي عباس ،المرجع السابق،ص403

الواعد عن رغبته في إبرام العقد الموعود به، بل على العكس فإن تحديدها محيد طالما سيساهم في تحقيق الأمن القانوني للأطراف وذلك من خلال الاستجابة لتوقعاتهم بشأن العملية التعاقدية<sup>1</sup>.

فقد تضمن الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية فكل اتجاه للفقهاء له رأي فريق من الفقهاء يقول بأنه لا توجد قواعد خاصة تتعلق بتكوين الوعد بالتفضيل، و من تم فهو يخضع للقواعد الموضوعية العامة في تكون العقود، و ينعقد الوعد بالتفضيل باقتران الإيجاب و القبول بين الواعد و المستفيد وبما أن هذا الوعد لا يتضمن تعهدا بإبرام العقد النهائي فيكفي توافر أهلية القيام بأعمال الإرادة أما بالنسبة للمحل فيجب أن يكون معينا إذ يجب تحديد طبيعة العقد موضوع الوعد سواء بيعا أو إيجارا و المحل الذي ينصب عليه العقد الاحتمالي، و لكن ليس من ملزم أن تكون الشروط الجوهرية للعقد النهائي، كما يجب أن يكون المحل ممكنا أو مشروعاً أما بالنسبة لسبب فيستوجب أن يكون موجوداً و مشروعاً كما أن المدة غير مشترطة في الوعد بالتفضيل على عكس الوعد بالتعاقد فلا يوجد مانع قانوني من اعتبارها شرط انعقاد أو تدخل المشرع مستقبلاً لتنظيم الوعد بالتفضيل، و ينتج عن هذا انه لا يمكن افتراض هذا العقد غير المسمى في التشريع الجزائري على عكس ما جاء به التشريع الفرنسي الذي تصور وجود الوعد بالتفضيل بمدة محددة وغير محددة<sup>2</sup>.

أما الشكلية فقد اعتبر الفقهاء أنها في الأصل هو الرضائية في العقود و في التشريع الجزائري طبقاً لأحكام المادة 59ق.م، و مع ذلك ينبغي التمييز بين الفرضيتين أولها إذا كان الوعد بالتفضيل محل عقد مستقل فيكون في هذه الحالة رضائياً مادام ان الأصل هو الرضائية أما إذا كان الوعد بالتفضيل عقداً

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 407

<sup>1</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 93

تابعاً لعقد رئيسي فإنه في هذه الحالة قد يكون شكلياً إذا كان العقد الرئيسي شكلياً سواء كانت الشكلية رسمية أو عرفية<sup>1</sup>.

أما الشرط الآخر فهو السبب و باعتباره عقد يجب أن يكون للوعد بالتفضيل سبب و يكون هذا السبب موجز و مشروع غير مخالف للنظام العام ،فقد يكون بدون مقابل مادي يحقق فيه الواعد مصلحة معنوية ،كما يمكن أن يكون مقابل أما امتياز مادي أو نقدي<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوعد بالتفضيل

سننتظر في هذا الفرع الى الطبيعة القانونية للوعد بالتفضيل و الذي قسمناه الى ما يلي:

#### أولاً: الوعد بالتفضيل عقد بيع معلق على شرط واقف

ذهب عدد كبير من الفقهاء إلى القول بأن الوعد بالتفضيل هو مجرد وعد بالعقد معلق على شرط واقف فبموجب هذه العملية يتعهد الواعد بأن يتعاقد مع المستفيد شريطة أن يقرر ذلك في المستقبل فتحقيق الشرط في المستقبل هو الذي يسمح للمستفيد بممارسة حقه في الأفضلية ، بمعنى ان الشرط الواقف يترتب على تحقيقه وجود التزام فلا يقع الالتزام إلا بوقوعه مثل التزام شخص بمنح آخر مبلغاً من المال إذا نجح في أداء مهمة ما ومثل شرط الوفاء بكامل الثمن فهو شرط واقف بمعنى انه يتوقف على تحقيقه وجود البيع ذاته ولا ينعقد البيع قبل الوفاء بكامل الثمن ويظل البائع مالكا للمبيع<sup>3</sup>.

إلا ان اعتبار الوعد بالتفضيل من صنف الوعد بالتعاقد المعلق على شرط واقف فالشرط في هذه

الحالة هو رغبة الواعد في إبرام العقد المقصود أي هو رضاء الواعد في المستقبل بهذا العقد ولا يمكن ان

<sup>1</sup>المرجع نفسه،ص94.

<sup>2</sup> براهيم فايزة، المرجع السابق، ص87.

<sup>3</sup> نيبال محمد العتوم ، فايز محمد البوريني رنده عبدالكريم العمري عقد الوعد بالتفضيل في ضوء الفقه القانون الإسلامي و القانون المدني الأردني مجلة جرش للبحوث و الدراسات المجلد 23 العدد 1 2022 ص 952

يكون محلاً لشرط<sup>1</sup>. إلا أن بعض الفقه في صدد الدفاع عن تحليل الوعد بالتفضيل كوعد بالتعاقد معلق على شرط واقف بمعنى أن الشرط هنا هو شرط واقف وليس إرادياً محضاً لأن إرادة الواعد ليست إرادة محضة بل متصلة بظروف خارجية يمكن أن تدفعه إلى الامتناع عن التعاقد<sup>2</sup>. هذا وأن اعتبار الوعد بالتفضيل وعداً بالعقد معلقاً على شرط واقف يعني أن العقد النهائي يتم بأثر رجعي من وقت انعقاد الوعد، وهذا الحكم يتناقض مع طبيعة الوعد بالتفضيل الذي لا ينشأ عنه التزام بالتعاقد أو لإبرام العقد النهائي، وبالتالي إذا رغب الواعد في التعاقد مع المستفيد بالأفضلية فإن العملية المبرمة معه لا تحدث في هذه الحالة بأثر رجعي<sup>3</sup>.

### ثانياً: الوعد بالتفضيل وحق الشفعة

اتفق بعض الفقهاء على أن الوعد بالتفضيل هو حق شفعة إلى جانب حق الشفعة المكرس قانوناً بمعنى كل منهما يخول للمستفيد حق أولوية في اكتساب مال معين<sup>4</sup> فالشفعة والوعد بالتفضيل يشتركان في منافسة الغير على إجراء العقد كما ينتج عنهما حق الأفضلية في إبرام العقد ويعطيان الخيار للموعد له بالشراء أو الامتناع إلا أنهم مختلفان في المصدر، فمصدر حق الشفعة شرعي وقانوني يثبت للجوار أو الشريك على خلاف بين الفقهاء، أما عقد التفضيل فمصدرة الإرادة المحضة فهو من عقود الإرادة المنفردة كما أن حق الشفعة لا يقبل التجزئة؛ لأن فيه إضراراً بالمشتري، وأما عقد التفضيل فيقبل التجزئة ويقع عقد الوعد بالتفضيل على البيع وعلى غيره من العقود وغالباً يقترن بعقد آخر فهو عقد تمهيدي لعقد آخر أما الشفعة فتثبت ابتداءً عند رغبة البائع بالبيع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد حسان قاسم، المرجع السابق، ص 194

<sup>2</sup> المرجع نفسه ص 194

<sup>3</sup> نيبال محمد العتوم، المرجع السابق، ص 953

<sup>4</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص 94

<sup>5</sup> نيبال محمد العتوم، المرجع السابق، ص 955

الشفعة سبب جبري من أسباب اكتساب الملكية العقارية المجاور من مشتريه جبرا على دفع قيمته و النفقات و مصاريف التسجيل بناء على المادتين 794 و 807 من ق.م.ج<sup>1</sup>.

فقد استقرت اجتهادات الغرفة العقارية لدى محكمة العليا الجزائرية فيما يخص قضايا ومنازعات الشفعة<sup>2</sup> بأنه من المقرر قانونا أن المستفيدين من حق ممارسة الشفعة محددين ضمن الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة 795 من ق.م.ج على سبيل الحصر و من تم فان مركز المستفيد من الحق في الأفضلية خلال مرحلة الترقب و الانتظار يختلف عن مركز الشفيع قبل إبرام عقد بيع العقار المشفوع فيه<sup>3</sup>. فحق الشفعة حق استثنائي يحل بموجبه الشفيع محل المشتري في عقد بيع نهائي كما يقتضي حق الشفعة وجود عقد بيع أما في الوعد بالتفضيل فلا وجود مثل هذا الشرط كما أن الوعد بالتفضيل وحق الشفعة مختلفان من ناحية الجزاء الناجم عن الإخلال بكل منهما فمخالفة الوعد بالتفضيل يلزم الواعد بتعويض الضرر الذي لحق بالمستفيد أما الشفيع فانه يحل محل المشتري في عقد البيع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 270

<sup>3</sup> المحكمة العليا الجزائرية الغرفة المدنية بتاريخ 1990/03/26 ملف رقم 256626 بتاريخ 2000/04/26 ملف رقم 198458 ا ق الغرفة العقارية ج 1 2004 ص 247 بتاريخ 2000/04/26 ملف رقم 193704 بتاريخ 1998/03/25 ملف رقم 179136 ا.ق الغرفة العقارية 2004 ج 1 ص 220 تعليق بوتارن فايزة ص 225.

<sup>3</sup> بلحاج العربي المرجع السابق ص 271

<sup>4</sup> علي فيلاي، المرجع السابق ص 94.

## ثالثاً: الوعد بالترفضيل عقد تمهيدى

لا خلاف فى أن الوعد بالترفضيل هو عقد تمهيدى فهو يمهّد لإبرام عقد نهائى غير أن هذا الأخير هو مجرد أمر احتمالى قد يتحقق وقد لا يتحقق أما العقد النهائى فهو الحرية التى يتمتع بها كل من الواعد و الموعود له أى المستفيد<sup>1</sup>.

إذ أنه يقترب من الوعد الملزم لجانب واحد بالنظر لوجود واعد والمستفيد ولكنه يختلف عنه اختلافاً جوهرياً ويقترب من الشفعة بالنظر إلى وجود فكرة الأفضلية ولكنه متميز عنها جذرياً فهو يحتاج إلى تنظيم خاص فى القانون المدنى يحدد معالمه و يكشف حقيقته و يعرض أحكامه مبرزاً فكرته المحورية المتمثلة فى منح المستفيد الأفضلية على الغير فى التعاقد<sup>2</sup>.

وعليه يبدو واضحاً أن الوعد بالترفضيل هو عقد تمهيدى من نوع خاص وهذا مانص عليه المشرع الفرنسى عندما كرس الوعد أو العقد بالترفضيل كمفهوم مستقل فى المادة 1123-3 من ق.م.ف.<sup>3</sup>

أما فيما يخص العقار محل عقد الوعد بالترفضيل لابد من توافر شروط المحل فى العقد بصفة عامة بان يكون معيناً بدقة تعييناً نافياً للجهالة أو قابلاً للتعيين و أن لا يكون مستحيلاً استحالة مطلقة كبيع عقار ملك للغير أو استحالة نسبية و لابد من تحرير الوعد بالترفضيل العقارى فى عقد رسمى بمعرفة الموثق تحت طائلة بطلان العقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 95.

<sup>2</sup> شوقى بناسى، المرجع السابق، ص 92.

<sup>3</sup> على فيلالى، المرجع السابق ص 95.

<sup>4</sup> لخضارى محمد، العقود الممهدة فى البيوع العقارية و الحماية القانونية للمتعاقدين، رسالة دكتوراه فى الطور الثالث، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 19 مارس 1962 جامعة جيلالى لىابس، سيدي بلعباس، 2021 ص 45.

ولا يترتب على الوعد بالترتيب حتى لو تعلق بعقد ناقل للملكية كالبيع نقل لحق عيني بل يحتفظ الواعد بحق الملكية ويتحمل مخاطر الشيء الذي وعد ببيعه طيلة فترة الوعد<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: آثار الوعد بالترتيب و الجزاء الإخلال به

إن آثار عقد الأفضلية تكمن في إنشاء حق شخصي لمصلحة المستفيد من أجل إبرام العقد النهائي على عاتق الواعد إذ يلتزم هذا الأخير إعطاء الأولوية للمستفيد كمتفاوض إذا ما قرر مستقبلاً إبرام العقد محل التفضيل

#### أولاً: آثار الوعد بالترتيب

الحقيقة أن التزام الواعد بالترتيب هو التزام ذو طابعين تابع إيجابي و الآخر سلبي أما السلبي فهو أن يمتنع الواعد عن إبرام عقد المستقبل مع الغير و إما الإيجابي فهو أن يقوم بعرض إبرام العقد على المستفيد إذا ما قرر إبرامه في المستقبل كما له اثر آخر اتجاه المستفيد، فالأصل هو أن لا يكون هذا الأخير ملتزماً بشئ تجاه الواعد لكن ليس هناك ما يمنع من أن يلتزم المستفيد بدفع مبلغ من المال مقابل الالتزام الواعد بتفضيله على الغير<sup>2</sup>.

ويتمثل الوعد بالترتيب بمرحلة قبل عرض العقد على المستفيد أو الفترة السابقة على ممارسة الخيار و هي التزام الواعد عن إبرام العقد مع الغير في المستقبل أي امتناع عن دخول في المفاوضات مع الغير، يلتزم المدين في شروط أو اتفاق التفضيل باعتباره واعد بالامتناع عن أي عمل دون إبرام العقد

<sup>1</sup> احمد ابراهيم الحياوي ، تنظيم التشريعي للوعد بالترتيب دراسة مقارنة ، مجلة الاردنية في القانون و العلوم السياسية

جامعة مؤتة الكرك الاردن، مج8، ع3 2016 ص62 .

<sup>2</sup> لغواطي مصطفى، المرجع السابق، ص44.

النهائي أو إعادة التنفيذ العيني للالتزامات المستمدة من هذا العقد و بالتالي فيلتزم الواعد بمقتضى عقد الوعد بالتفضيل بان يعطي أولوية و أسبقية للمستفيد<sup>1</sup>.

وعليه لا يترتب على المستفيد في هذه المرحلة أي التزام؛ إلا أنه يكتسب حق الأفضلية وليس للمستفيد إجبار الواعد على إبرام العقد، لكن قد يحدث استثناء أن يلتزم المستفيد بدفع مقابل لحق الأفضلية وبهذه الحالة يصبح العقد ملزما للجانبين ويبقى محل التعاقد في ملك الواعد ملكا تاما. التزام الواعد التزاما إيجابيا بعرض إبرام العقد النهائي في المستقبل على المستفيد، فعند رغبته بإبرام العقد مع الغير عليه إبلاغ المستفيد وإعطائه حق الأفضلية في التعاقد<sup>2</sup>.

أما مرحلة إبداء الواعد بإبرام العقد النهائي محل التفضيل او مرحلة اللاحقة لممارسة الخيار فانه اذا قرر الواعد التعاقد وجب عليه تقديم اقتراحا للمستفيد و حينها يكون لهذا الأخير الحق في القبول او الرفض الواعد ملتزما التزاما سلبيا عن فعل شيء في المرحلة السابقة يصبح في هذه المرحلة ملتزما التزاما ايجابيا بالقيام بفعل و يتضمن هذا الاقتراح إيجابا بالتعاقد معروضا على المستفيد و يضمن للمستفيد مركز الأفضلية بالنسبة للمترشحين المنافسين من خلال السماح له بمقارنة الشروط المعروضة عليه بالشروط المعروضة على الغير او من قبل الغير و يجوز للأطراف الاتفاق على ان يكون الإيجاب في شكل معين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> براهامي فايذة، المرجع سابق، ص 86.

<sup>2</sup> نيبال محمد معتوم، المرجع السابق، ص 958.

<sup>3</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 97.

فان تعلق الأمر بعقد بيع توجب على الواعد تنفيذ التزامه بالبيع للموعد له و يلزم بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بوصفه بائعا كما هو الحال بالنسبة للتسليم و ضمان التعرض و الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية كما يترتب هذا العقد انتقال ملكية الشيء محل الوعد و مخاطره إلى الموعد له<sup>1</sup>

وكذلك تضمن الوعد بالتفضيل فرضيات منها **فرضية تعاقد الوعد مع حسن النية** إذا لم يحافظ الواعد بوعده بالتفضيل عن طريق التعاقد مع الغير حسن النية أي انه على غير علم بوجود الوعد يمكن للمستفيد من الوعد المطالبة بالتعويض وفق الأحكام المطبقة في نطاق المسؤولية العقدية عن الإخلال بتنفيذ التزام عقدي أما فرضية الأخرى وهي **فرضية تعاقد الواعد مع سئ النية** و تناولتها المادة 1123 في فقرتها الثانية بنصها إذا كان الغير على علم بوجود و بنية المستفيد التمسك به يمكن لهذا الأخير أيضا المطالبة بالإبطال ا وان يطلب من القاضي حلول محل الغير في العقد الذي تم إبرامه فإذا تعاقد الواعد بالتفضيل مع الغير و كان هذا سئ النية أي انه يعلم بوجود الوعد بالتفضيل من جهة كما يعلم بنية الموعد له في التمسك بالوعد في هذه الحالة فقرة الثانية من مادة 1123 أعادت استنساخ الحل الموضوع بموجب الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض بحيث يكون للموعد له إلى جانب إمكانية طلب إبطال العقد مع الغير وأن يطلب الحلول الشخصي محل الغير سئ النية في حقوق هذا الأخير وهو ما يعد تنفيذا عينيا جبريا للوعد بالتفضيل<sup>2</sup>.

### ثانيا :جزاء الإخلال بالوعد بالتفضيل

في مخالفة الواعد بتفضيل المستفيد من الوعد و قام بالتعاقد مع شخص آخر دون عرض التعاقد على هذا المستفيد فانه يترتب على ذلك جزاء إخلال الواعد بالوعد بالتفضيل.<sup>3</sup> مما يجعله مسئولا تجاه

<sup>1</sup> احمد ابراهيم الحياوي، المرجع السابق، ص64.

<sup>2</sup> يوسف تبوكيوت المرجع السابق، ص 1926

<sup>3</sup> محمد حسان قاسم المرجع السابق، ص138.

المستفيد في إطار المسؤولية العقدية وفق القواعد العامة فعدم تنفيذ الواعد لالتزاماته بشكل التعويض عن الضرر اللاحق بالمستفيد الذي لم يستطع ممارسة حقه في الأفضلية أما الغير فيبقى أجنبيا عن عقد الوعد بالتفضيل<sup>1</sup>.

إذا كان غير المتعاقد معه سيء النية بان كان على علم بحق المستفيد من الوعد و بنيته استعمال الأفضلية المقررة له وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التقصيرية المادة 124 من ق.م.ج المعدلة عام 2005 بالقانون رقم 05/10 و ليس ضروريا أن يكون هذا الغير قد قام بدور المحرض على هذا الإخلال إذ يكون كل من الواعد والغير مسؤولين تجاه المستفيد لتعويضه عما أصابه من ضرر من جراء المساس بحقه في الأفضلية الناشئ عن الوعد بالتعاقد<sup>2</sup>.

كما قد يصعب تقدير الضرر اللاحق بالمستفيد مادام أن إبرام العقد النهائي كان مجرد احتمال إذ من الممكن أن يرفض المستفيد الاقتراح المقدم من الواعد و من ثم يسقط الوعد وبناء على ذلك رأى بعض الفقه بحق انه لا سبيل من اللجوء في هذه الحالة إلى فكرة تفويت الفرصة (perde de chance) إلا إذا وجد بند جزاء يقدر التعويض بصورة اتفافية<sup>3</sup>.

كما حاول المشرع في النص المشار إليه 1123 من ق.م.ف مراعاة مصلحة الغير حسن النية الذي تعاقد مع الواعد فإذا شك الغير بوجود الوعد بالتفضيل فله ان يطلب من المستفيد التأكيد على وجود هذا الوعد و نيته الاستفادة منه و بذلك يكون المشرع استحدث حكما يحدد الجزاء المترتب على إخلال الواعد بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد الوعد بالتفضيل فحضى بالتعويض كقاعدة عامة ، كما أجاز

<sup>1</sup> شوقي بناسي المرجع السابق ص 99.

<sup>2</sup> بلحاج العربي المرجع السابق ص 283

<sup>3</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 99.

المطالبة بإبطال العقد المخالف أو حلول المستفيد محل الغير فيه في حالات خاصة إلا أنه أجاز للغير تجنب الجزاء الأخير بشروط محددة يسقط بتحققها الحق بالإبطال أو الحلول محل الغير<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني : العقد الإطار و العقد الابتدائي

يعد العقد الابتدائي مرحلة وسطى بين المفاوضات التمهيديّة والعقد النهائي ولإحاطة بجوانب هذا العقد كأحد الاتفاقات التمهيديّة السابقة عن إبرام العقد النهائي<sup>2</sup>.

وعقد الإطار مجموعة عقديّة تتألف من اتفاق يتضمن قواعد عامة تحدد مقدماً كيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة وبمقتضاه يلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد يتضمن مجمل البنود التعاقدية الواجب إدماجها في العقود التطبيقية اللاحقة<sup>3</sup>.

## المطلب الأول: العقد الإطار

عقد الإطار هو ذلك العقد الذي يحدد شروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان إتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة تسمى عقود التطبيق فالحهدف المبتغى من عقد الإطار هو تسيير إبرام و تنفيذ العقود المطبقة والمنفذة له عند الحاجة إلى إبرامها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> احمد ابراهيم الحيارى، المرجع السابق، ص65.

<sup>2</sup> محمد جبران، الطيب احماحة، العقد الابتدائي عناصره و اثاره ، ماستر شعبة قانون المفاوضة، جامعة محمد الخامس ،الرباط المغرب، 2017 ص 10.

<sup>3</sup> قندلي رمضان ،العقد الإطار كقالب للعقود المستقبلية اللاحقة ،دراسة تحليلية في ضوء ق.م.ج مجلة قانون و علوم السياسية ، مجلد08 العدد 01 ، 2022، ص 271

<sup>4</sup> دحداح سهيلة، المرجع السابق، ص20

## الفرع الأول: مفهوم عقد الإطار

عقد الإطار يعد القالب الرئيسي الذي يتضمن الشروط الجوهرية للعقود التطبيقية التي تتم في المستقبل والتي تتلاحق عبر الزمن بحيث يصبح كل تطبيق منها محكوما بالقواعد المتفق عليها في التنظيم الإطاري، وانه يكون هناك دائما مستويان من الروابط الاتفاقية التي تحكم علاقة الطرفين و تتجه علاقات الأعمال المعاصرة نحو التواصل في الزمن مما يخلق لدى أطرافها حاجة آنية لضمان تعامل مستقبلي متلاحق مع بعضهم البعض لكن فكرة العقد بمفهومها التقليدي تعجز عن كفالة هذا الضمان<sup>1</sup>.

فيعقد الإطار اتفاقات تبرم على أساسها عقود التطبيق والتنفيذ وعرفه جانب من تهدف إلى إقامة تنظيم نموذجي لعلاقة مستمرة تتعدد تطبيقاتها وتتلاحق عبر الزمن بحيث يصبح كل تطبيق من ها محكوما بالقواعد المتفق عليها في التنظيم<sup>2</sup>.

يؤسس العقد الإطار أكثر من الوعد بالتعاقد المشار إليه في المادتين 71 و72 من ق.م.ج مقدمة للعلاقات التعاقدية فلا وجود لعقد الإطار دون عقود تطبيقية لاحقة الأمر الذي يجعل من عقود الأعمال والمشاركة أو التعاون التجاري<sup>3</sup>.

كما يوصف عقد الإطار بالعقد الزمني المستمر التقنين المنوه عنه بموجب المادة 1111-1 من ق.م.ف استنادا لفرضية العقد الزمني، و لما كان العقد الإطار توطئة و ترسيخ للنطاق و للقواعد العامة ويخضع العقد الإطار في الواقع الى قوة اقل من تلك المقررة قانونا نتيجة عدم قدرته التنبؤ قدرته

<sup>1</sup>براھامي فايزة، المرجع السابق، ص91

<sup>2</sup>عطية سليمان؛ ، موسى إلياس عباس. مجلة الكوفة للعلوم القانونية و السياسية ع16 كلية القانون ،جامعة الكوفة،العراق 2013 ص123.

<sup>3</sup> قندلي رمضان ،المرجع السابق، 268

بالتراضي المتوقع بين الأطراف في العقد التطبيقي بحيث يتم الاتفاق في هذه الحالة على مجمل عناصر العقد النهائي<sup>1</sup>.

إلا أن عقد الإطار قد يتضمن التزاما بالتفاوض حول الشروط انعقاد عقود التطبيق ومن هنا قد يحدث خطأ بينه وبين عقد المفاوضة إلا أن هذا الخلط سرعان ما يزول إذا علمنا أن عقد الإطار يتميز بسمّة واضحة وهي أن يتضمن دائما التزاما ينقل كاهل أطرافه مفاده التعهد بالا يأتي عقد التطبيق أو عدم إبرامه إلا أنه ماذا أبرموه فإنهم ملتزمون بمراعاة الشروط الواردة بعقد الإطار، إذ ليس لهم أن يتنازعو حول هذه الشروط أثناء تفاوضهم على إبرام عقود التطبيق اللاحقة هذا الذي لا يحدث بشأن عقد المفاوضة حيث يقتصر اتفاق الأطراف فيه على الالتزام بالتفاوض حول كافة شروط العقد النهائي المراد إبرامه أو الاستمرار في التفاوض بشأن المسائل الأخرى المتبقية<sup>2</sup>.

وقد يبدو لوهلة الأولى أن اتفاق الإطار ما هو إلا اتفاق على عقد من العقود الدورية المألوفة كعقود التوريد مثلا ثمن العقود بالمعنى المتعارف عليه هي عقود فورية الانعقاد لا تلحق الدورية إلا تنفيذها فالعقد الدوري ينعقد دفعة واحدة في لحظة زمنية واحدة محددة مع الاتفاق فيه، على أن يتم التنفيذ على مراحل متعاقبة<sup>3</sup>.

ومن ثم أن الاتفاقات الإطار تختلف عن نوع آخر من الاتفاقات التي تحقق بعض أهدافها كالاتفاقات المتعلقة بتقديم الخدمات التجارية و اخصها اتفاقات الوكالة التجارية واتفاقات التمثيل التجاري،

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 270

<sup>2</sup> أبو زيد محمد، المفاوضات في الإطار التعاقدى صورها و أحكامها، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، المجلد 47 العدد 01 المركز الجامعي افلو الاغواط 2005 ص 123 .

<sup>3</sup> مصطفى محمد جمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن ،مجلة منشورات الحلبي الحقوقية، 2009 ص 282.

فاتفاق وكالة التجارية يلقى على عاتق الوكيل التجاري مهمة البحث عن عملاء للتعامل مع الطرف الآخر في العقد الذي اختاره لهذا الغرض<sup>1</sup>.

واختلف الفقهاء في عقد الإطار فالفقه التقليدي يميز بين اتجاهين رئيسيين أحدهما ينفي طبيعة العقدية على عقد الإطار بينما يرى الآخر أنه له طبعاً غير عقدي، أي ما يطلق عليه بأنه يتضمن بعض التوجيهات و في المقابل يرفض الفقه الحديث هذه التفرقة فهي تعتبر تفرقة ظاهرية حيث يرى أنه يشكل مع العقود التي تبرم تطبيقاً له مجموعة عقدية مستقبلية فهو ليس عقداً واحداً بل يتضمن مجموعة عقدية تمهد لعقود لاحقة وهو أيضاً عقد غير مسمى<sup>2</sup>.

بالرغم تعدد صور عقد الإطار إلا أنه يمكن تمييز بين صورتين أساسيتين:

### أولاً الاتفاقات الفردية:

هو اتفاق يربط شخصاً طبيعياً أو معنوياً بشخص آخر طبيعي أو معنوي و هذا ما نجده عادة في الاتفاقات التي تربط مؤسسات الصناعة بالمنتجين للمواد و الصناعات الأولية التي تحتاجها في صناعاتها أو تربط بمؤسسات التوزيع أو تربط هؤلاء بالموزع النهائي، و مثال ذلك التكامل الاقتصادي والاتفاقات المتعلقة بمنح امتيازات توزيع السلع والخدمات<sup>3</sup>.

وكذلك اتفاقات التوزيع كاتفاق التوزيع الذي يبرمه مصنع إنتاج السيارات فالمنتج يعتمد على الموزع في توزيع السيارات التي ينتجها وكفالة الانتشار لها و الموزع بدوره يعتمد على المنتج ليس فقد لتزويده

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 284.

<sup>2</sup> جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الإطار دراسة تحليلية، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 08، عدد 28، كلية الحقوق، جامعة الوصل، العراق، 2006، ص 03

<sup>3</sup> مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، ص 288.

بإنتاجه من السيارات وإنما كذلك في الدراية الفنية و التجارية و المالية من خلال مساعدته في إقامة المعارض ومراكز الصيانة ومخازن القطع الغيار وما يتطلبه كله من تكاليف مادية<sup>1</sup>.

### ثانياً: الاتفاقات الجماعية

هو اتفاق يربط مجموعة من الأفراد بصفقتهم الجماعية بفرد أو مجموعة أخرى من الأفراد بصفقتهم الجماعية وإنما إلى باقي أفرادها حتى من اشترك منهم في إبرامه باعتبار من اشترك منهم في إبرامه ممثلاً لهم أو مشتركاً لصالحهم، مثال ذلك اتفاقات العمل الجماعي التي تبرم بين لا عامل فرد و صاحب العمل وإنما بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال و بين صاحب العمل أو منظمة من منظمات أصحاب العمل بقصد تنظيم شروط العمل مثال كاتفاقات الاستهلاك الجماعية التي تبرمها جماعات المستهلكين للسلع والخدمات أو تبرمها جهات الحكومية أو نقابية مع أصحاب السلع والخدمات التي يحتاجها المستهلكين<sup>2</sup>.

والهدف المميز من هذه الاتفاقات الجماعية هي أنها تتجاوز الأهداف المنوطة أصلاً باتفاق الإطار وهو تسهيل إبرام العقود التطبيقية وإخفاء طابع النمطية عليها إلى توفير قدر من الحماية للطرف الضعيف في العقود التطبيقية التي تتولى تنظيمها وهو العامل أو المستهلك عادة<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: طبيعة القانونية لعقد الإطار

إن العقود التي يبرمها الأفراد لا تكون دائماً عقود بسيطة لا تتناول إلا عملية قانونية واحدة بل تكون في بعض الأحيان مركبة تحتوي على عدة عمليات قانونية فالعقد الذي يبرم مع صاحب الفندق و

<sup>1</sup>براهامي فايذة، المرجع السابق، ص96.

<sup>2</sup>مصطفى محمد جمال، المرجع السابق ص287.

<sup>3</sup>براهامي فايذة، المرجع السابق، ص 94.

النزيل هو عقد مركب أي عقد إطار، فهو يتضمن في كنفه عدة عقود فهو يتضمن إيجار للغرفة التي يشغلها النزيل وبيعا للأطعمة والمشروبات ووديعة بالنسبة لأمتعة النزيل فالعقد الإطار ما هو إلا التزام على عاتق أطرافه ينتج عن اتفاق بينهم على قيام بعمل تمهيدا لعقود التطبيق والتنفيذ والتي قد توصل إلى إبرام العقد النهائي، ولا يمكن القول بان عقد الإطار هو عقد بيع أو وعد بالبيع سواء كان ملزما لجانب واحد أو ملزما لجانبين فالهدف منه تعيين الشروط العامة للعقود اللاحقة، وهو يختلف عن الوعد بالبيع لأنه لا يولد التزاما بدفع الثمن أو بالتسليم وإنما يولد التزاما بعمل وهو تمشية الطلبات و الاستجابة لها او الامتناع عن البيع للغير<sup>1</sup>.

ويتميز عقد الإطار بالاعتبار الشخصي للعقد الإطار ويكون العقد مستندا إلى الاعتبار الشخصي ضمن المفهوم التقليدي للمعنى متى كان إبرامه و تنفيذه مرتبطان بشخص المتعاقد كون الدافع للتعاقد هو تنفيذ المتعاقد للالتزام التعاقدى شخصيا دون إتاحة إمكانية الحلول الغير محل احد المتعاقدين في العقد دون موافقة المتعاقد الآخر، وعلى ذلك لم يعد يسود الاعتبار الشخصي عقود التبرع فقط، بل اتسع المجال الاخذ به في إطار عقود التعاون والأعمال أو بالعقود المهنية غير أن بروز الارتباط بالشخص المعنوي و بأهمية المعارف المهنية والتكنولوجيا المحصلة مؤخرا، و التي تقضي إلى ثقة المتعاملين في المنتج السلعي أو الخدمي الذي يقدمه دفع بعض الفقه إلى تمييز بين الاعتبار الشخصي في الوضع الذي يكون فيه المتعاقد معني من ناحية أولى شخصا طبيعيا والوضع الذي يكون فيه المتعاقد محل اعتبار شخصا معنويا متمثلا في شركة أو مؤسسة من ناحية اخرى<sup>2</sup>.

والجدير بالذكر أن مسألة تحديد الثمن في عقد الإطار وعلى وجه الخصوص في عقد التوريد كانت مجال نقاش وجدال محكمة النقض الفرنسية قضت ببطلان عقد الإطار نتيجة عدم تحديد الثمن

<sup>1</sup> عطية سليمان؛ ، موسى إلياس عباس، المرجع السابق ،ص129.

<sup>2</sup> قندلي رمضان، المرجع السابق، ص271.

استنادا إلى المادة 1591 من القانون المدني الفرنسي، رغم اعترافها بأن عقد إطار التوريد ليس بعقد بيع، إلا أنها طبقت هذه المادة الخاصة بعقد البيع، وانتقد موقف المحكمة هذا من قبل القضاء والفقهاء الفرنسيين، ونتيجة لذلك فقد غيرت محكمة النقض الفرنسية الأساس القانوني الذي أسست عليه حكم البطلان فبدلاً من الاستناد إلى حكم المادة 1591 قررت الاستناد إلى حكم المادة 1129 و المتعلقة بوجوب تحديد المحل إلا أنها غيرت موقفها هذا عندما أصدرت حكمها الشهير الأول من كانون الأول من عام 1995 وقضت بأن عدم تحديد الثمن في عقد الإطار لا يترتب على هه بطلانه وإذا كان هناك تعسف في تحديد الثمن لاحقاً فإن ذلك لا يترتب عليه سوى الفسخ أو التعويض بحسب كل حالة<sup>1</sup>.

### أولاً: التزامات عقد الإطار

مما لا شك فيه أن إبرام عقد الإطار ينجم عنه التزامات تقع على عاتق طرفيه ويجب تنفيذها قبل إبرام العقود المستقبلية التطبيقية حيث ان الهدف من هذه الالتزامات هو التهيئة لإبرام عقود مستقبلية فهو تمهيد للاتفاق على هذه العقود، وهذا لا يعني أن تنفيذها بمثابة شرط لانعقاد العقود المستقبلية فلا تتصرف إرادة الطرفين إلى تعليق انعقاد العقود فتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد الإطار لا يكون له اثر رجعي ولا يلزم بإبرام العقود التطبيقية فهي لا تزال محتملة ويتطلب لانعقادها رضا الطرفين، فالهدف من الالتزامات المذكورة في عقد الإطار هو تسهيل إبرام العقود المستقبلية<sup>2</sup>.

فالالتزامات لعقد الإطار تنقسم إلى قسمين، إلى السلبية و الايجابية أما الالتزامات الايجابية مثل وضع نماذج لطلبات التعاقد وتحديد أوقات تقديمها، ومن ذلك تحديد كيفية الإعلام بقبولها كان يتفق على ضرورة الإعلان عنه برسالة بريد أو فاكس أو ينص على مجرد السكوت عن الرد مدة معينة يعتبر بمثابة قبول و من ذلك تحديد عنصر أو أكثر مثل تحديد الثمن أو الكمية..، أما الالتزامات السلبية وهي الشروط

<sup>1</sup> عطية سليمان، المرجع السابق، ص130.

<sup>2</sup> جعفر محمد جواد الفضلي، المرجع السابق، ص09

الاستثنائية التي تلزم احد الطرفين بقصر تعامله في السلعة أو الخدمة على الطرف الآخر أو على دائرة الأشخاص الآخرين المرتبطين به و الذين يتضمن الاتفاق تحديدا لهم و من ذلك الشروط التي تلزم الموزع بعدم بيع سلعته أو الخدمة محل التعاقد إلا وفقا لنموذج معين يتضمنه الاتفاق<sup>1</sup>.

وإذا تضمن عقد الإطار التزاما بإبرام العقود المستقبلية فهذا يلتزم الطرفان ابتداءا بإبرامها و يؤدي بالتالي إلى الشروع فعلا في إبرام هذه العقود ،ففي عقود التوزيع مثلا يأتي الالتزام بالحصول على بعض الموافقات الإدارية أو ملاك العقارات وفي عقود التوزيع الانتقائي يلتزم الموزع عادة بإدخال تعديلات جوهرية على منشاته التجارية حيث يلتزم الموزع بتنفيذ هذه الأعمال على نفقته قبل إبرام العقد المستقبلي وقد تكون هذه الأعمال على عاتق المنتج إذا لم يملك الموزع إمكانيات المالية لعملها،و قد تكون مساعدة مالية من المنتج في صورة قرض لاستخدامه في هذه التحسينات كما هو الحال في عقود الترخيص وعقود توزيع المنتجات النفطية<sup>2</sup>.

### ثانيا: انقضاء عقد الإطار

لا ينتهي العقد عموما بالانقضاء أو الانحلال أو الإبطال بل قد ينتهي قبل تمام تنفيذه أو قبل البدء في تنفيذه بحيث يقوم التمييز في إطار قطع العلاقات التعاقدية على أساس معيار مدى اقتران القطع بالمسؤولية، إذ كلما وقع القطع خارج الحالات المقررة قانونا، إلا وتحققت بالتبعية لذلك مسؤولية من تسبب فيها أما إذا كان القطع متمشيا و الحالات المقررة قانونا فلا يتصور قيام مسؤولية أي من الطرفين المتعاقدين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>براهاامي فايزة ، المرجع السابق ،ص103

<sup>2</sup> جعفر محمد جواد الفضلي ،المرجع السابق ،ص10.

<sup>3</sup> قندلي رمضان ،المرجع السابق ص 276

ومما لا شك فيه أن عقد الإطار يعتبر محدد المدة إذا اتفق الطرفان على تحديد مدة له وفي هذه الحالة ينقضي بانتهاء المدة المحددة في العقد دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء أي بدون توجيه إنذار سابق من احد الطرفين ،ويمكن ان يتضمن في حالة انتهاء المدة الاتفاق على تحديده بنفس الشروط سابقة أو أخرى و قد يكون الاتفاق على التجديد بعد انتهاء المدة صراحة ،و يمكن أن يكون تجديدا ضمنيا و إذا كان الأصل أن ينتهي العقد بانتهاء مدته المعينة إلا انه قد تكون هناك أسباب تؤدي إلى انقضائه قبل مدته ذلك إما بوفاة احد الطرفين أو زوال أهليته فان توفي احد طرفي العقد انقض هذا العقد باعتباره أن شخصية كل من طرفيه محل اعتبار حيث يتم اختيار الشخص المتعاقد بالنظر إلى إمكانيته المالية والفنية واسمه التجاري وسمعه وهذا ما نلاحظه واضحا في عقود التوزيع<sup>1</sup>.

وفي حالة عدم تحديد مدة للعقد فانه يمكن إنهائه بالفسخ من طرف واحد من أطراف العقد والقيود الوحيد على إرادة هذا الطرف أو ذلك هو أن يراعى كون الفسخ في وقت مناسب،ولا يكون صاحبه متعسفا في استعماله أي انه إذا لم يكن لعقد الإطار مدة محددة فانه يجوز للطرفين إنهائه ولكن يجب مراعاة قاعدة عدم التعسف في استعمال الحق و تجنب الأضرار بالطرف الأخر وهذا الأمر منطبق على تطبيقات عقد الإطار<sup>2</sup>.

لا يمكن إنهاء العقد الإطار الذي نشأ بتوافق الإرادتين بان لا ينتهي إلا بتوافقهما لا بالإرادة المنفردة كأحد تطبيقات قاعدة توازيا لأشكال التي اخذ بها القانون الفرنسي بالنسبة لتعديل الالتزامات وحتى وان كان الإنهاء يرتب إخلالا تعاقديا من جانب الطرف الذي بادر به بما يرتب مسؤوليته التعاقدية ينبغي التمييز مع ذلك بصدد انحلال العلاقات التعاقدية أي بين تلك التي تستند لاسترداد الحرية التعاقدية والتي

<sup>1</sup> جعفر محمد جواد الفضلي، المرجع السابق، ص12

<sup>2</sup> عطية سليمان خليفة، المرجع السابق، ص136

تشكل ما يمكن اعتباره فسخ في ذاته المعبر عنه بالفسخ العادي حسب الوصف الذي اعتمده محكمة النقض الفرنسية وبين حل العلاقة التعاقدية باعتبار الفسخ تطبيق قانوني للمسئولية التعاقدية<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: عقد الابتدائي

اختلف الفقهاء والقضاء حول الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي أو ما يسمى بالعقد التمهيدي فمن فقهاء القانون من اعتبره وعد بالتعاقد و ملزم لجانب واحد معلق على شرط واقف، ومنهم من قال هو عقد بيع ملزم للبائع بل هو عقد بيع لشيء مستقبلي ويشتمل على كافة المسائل الجوهرية والشروط والأركان المطلوبة لصحة العقد النهائي<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: مفهوم عقد الابتدائي

يعد العقد الابتدائي عقد ملزم بما انه قد استكمل جميع عناصره الجوهرية وشروطه وأركانه المنصوص عليها في القانون بما في ذلك وجوب الرسمية التي اقرها القانون<sup>3</sup>.  
كما انه عقد استكمل جميع أركانه و شروطه وفقا لما يقتضيه القانون مع مراعاة أحكام الشهر إن تطلبت طبيعة العقد إفراغه في الشكل الرسمي فهو عقد ملزم لطرفيه المثبتين التعبير عن إرادتهما العقدية في وثيقة أولية تسمى بالعقد الابتدائي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قندلي رمضان، المرجع السابق، ص 277

<sup>1</sup> إيمان عبد الفتاح عوده العلي، الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي وأثره كضمانة للبائع والمشتري في عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء، مج 10، ع 04، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية) كلية الحقوق، فرع الخرطوم، جامعة القاهرة، 2021، ص 1212

<sup>2</sup> دحداح سهيلة، المرجع السابق، ص 29.

<sup>3</sup> مرابطين سفيان، المرجع سابق، ص 59.

والعقد الابتدائي عقد كامل لا مجرد إيجاب وقبول إلا أنه يبقى عقدا تمهيديا لانتهائيا وقد جرت العادة في التصرفات العقارية على تحرير العقد الابتدائي لاثبات التعاقد بين الطرفين تمهيدا لتحرير العقد النهائي الذي يعتمد إذا انصب على عقار محفظ للتقييد بالسجل العقاري<sup>1</sup>.

ويعتبر تحرير العقد الابتدائي إحدى المراحل التمهيديّة المؤدية إلى مرحلة العقد النهائي مما يجعلنا أمام حجية المحرر الذي تم فيه العقد الابتدائي ما حتم التطرق المحرر في ورقة رسمية أو ورقة عرفية<sup>2</sup>.

### أولاً: تمييزه عن ما يشابهه من العقود

#### أ: تمييز العقد الابتدائي عن الوعد بالتعاقد:

يختلف عقد الابتدائي عن الوعد بالتعاقد كونه العقد الأصلي ذاته المراد إبرامه فهو عقد كامل الأركان لا يحتاج إلا العقد النهائي أما الوعد بالتعاقد فهو عقد تمهيدي يحتاج لتمام إبرامه عقد ثان يسمى بالعقد النهائي وهو ما تم الإشارة إليه سابقا وفقا للمادة 71 من القانون المدني<sup>3</sup>.

أما طرف آخر يرى أن اختلاف بينهما يكمن في أن العقد الابتدائي هو الأمر الذي يسعى إليه الطرفان من خلال الوعد بشرط استماله لطبيعة العقد وعناصره الأساسية من الشيء المبيع و الثمن، أما الوعد بالتعاقد فهو عقد يلتزم بمقتضاه جانب واحد أو كلاهما من الجانبين بإبرام العقد الموعود به في المستقبل وبالتالي فهو مجرد تمهيد لإبرام العقد النهائي أو وسيلة لإيصال إرادة الأطراف<sup>4</sup>.

#### ب: تمييز العقد الابتدائي عن اتفاقات المبادئ

<sup>1</sup> محمد صادق، حجة العقد الابتدائي لشراء العقار في طور الانجاز، مجلة المنارة للدراسات القانونية و الادارية العدد الخاص بالعقار و التعمير، المغرب، 2019 ص 323

<sup>2</sup> محمد صادق، المرجع السابق، ص 324.

<sup>3</sup> دحداح سهيلة، المرجع السابق، ص 59.

<sup>4</sup> مراطين سفيان، المرجع السابق، ص 29.

يختلف العقد الابتدائي عن اتفاقات المبادئ في كون العقد الابتدائي كما أشرنا، هو عقد تام وملزم لأطرافه، ما دامت قد توافرت فيه أركان العقد وشروطه وعناصره الأساسية، فتترتب عليه كل آثار العقد وبصفة عامة، لا يكون العقد الابتدائي ملزماً لطرفيه إلا إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد وعناصره الأساسية، فالعقد الابتدائي لبيع العقار مثلاً يجب أن يشتمل على ماهية العقار المبيع مساحته وموقعه وحدوده ثم تحدّ أما اتفاقات المبادئ التي قد تتخلل مرحلة التفاوض على العقد: كالاتفاق على مبدأ الدخول في المفاوضات، والاتفاق على عدم التفاوض مع الغير خلال مدة المفاوضات، والاتفاق على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض، والاتفاقات الواردة في خطابات النوايا، والاتفاق على تأجيل التوقيع النهائي وغيرها؛ فإنها اتفاقات مؤقتة مرحلية سابقة على التعاقد النهائي يد الثمن، فإذا لم يتم الاتفاق على هذه العناصر الأساسية، فإن العقد الابتدائي لا ينعقد قانوناً<sup>1</sup>.

### ج: تمييز العقد الابتدائي عن الوعد بالتعاقد:

الوعد بالتفضيل عرفه بعض الفقه بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعد له على غيره في حالة تصرفه في العين المبيعة، وبالتالي فالوعد بالتفضيل هو تصرف بإرادة منفردة، أما العقد الابتدائي فهو مشروع متكامل ملزم لكل من البائع والمشتري، وفي حالة عدم تحقيق الغاية المقصودة منه فإن هناك عدة إجراءات قانونية رتبها المشرع، لردع من تسبب في خرق هذا العقد التمهيدي أو عدم الرغبة في اتمامه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالعقد الابتدائي:

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق ص 238.

<sup>2</sup> محمد جبران، الطيب احماحة، المرجع السابق، ص 10.

إن العقد الابتدائي كما ذكرنا ينشئ التزاما بعمل على عاتق كل من طرفيه بإبرام العقد النهائي المقصود، بحلول الميعاد المتفق عليه، أو في مدة معقولة، وبشروط العقد الابتدائي نفسها ما لم يتم تعديلها باتفاق الحق للطرفين فإذا أحل أحد طرفي العقد الابتدائي بالتزاماته التعاقدية الواردة فيه، حكم القاضي في مواجهته بصحة ونفاذ العقد الابتدائي، ويقوم الحكم القضائي بصحة ونفاذ العقد الابتدائي مقام العقد النهائي، من دون الإخلال مما قد يتطلبه القانون من الضرورة توافر الشروط الشكلية المتعلقة بإجراءات التسجيل والشهر العقاري<sup>1</sup>.

وعليه إذا قام أحد أطراف العقد الابتدائي بالإخلال بالتزامه جاز للطرف الآخر مرافعة الطرف المخل بالالتزام بعد مراعاته لقواعد الشهر المنصوص عليها في القانون و ذلك بلجوئه إلى القضاء من أجل استصدار حكم يقوم مقام العقد الابتدائي دون الإخلال بحقه في المطالبة بالتعويض عن كافة الأضرار اللاحقة به<sup>2</sup>.

وإذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر مشروع، عن القيام بالتزامه بإبرام العقد النهائي، جاز للطرف الآخر إجباره على تنفيذ التزامه، عن طريق استصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد النهائي، وتنتقل بموجبه ملكية العقار المبيع للمشتري، حال تسجيل هذا الحكم وفقا لإجراءات التسجيل<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي و آثاره

#### أولاً: الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي

<sup>1</sup> العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 241.

<sup>2</sup> مرابطين سفيان، المرجع السابق، ص 60.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 242.

إن قيام العقد الابتدائي preliminary contrat، في مراحل التفاوض على العقد، هو مسألة قانونية شديدة الصعوبة؛ لأنه عقد ملزم لأطرافه، تترتب عليه كافة آثاره القانونية بحلول الموعد المتفق عليه في الوعد التبادلي أي أنه يترتب كافة التزامات العقد في ذمة كل من الطرفين، أنه بصدور الإيجاب الجازم، والقبول من دون شرط من الطرف الآخر، في الوعد بالبيع الملزم للجانبين حسب مضمون وصياغة الاتفاق، يؤدي إلى انقضاء آثار العقد التمهيدي، مما ينطوي حتى طائفة آثار العقود الابتدائية ما دامت الالتزامات تامة والأمر موكول لتقدير قضاة الأساس لتفسير متى يكون الإيجاب ملزماً والتعاقد حقيقياً بين الطرفين، وفقاً لملا تحوي الاتفاقية المبرمة بينهما، من حيث الوقت، والغاية والصياغة والمضمون ونية الأطراف المتواعدة بالعقد التبادلي أحدهما بالبيع والآخر بالشراء غير أن وصف الوعد الملزم للجانبين بالعقد التام واستنتاج الطابع الملزم لتعهدات الطرفين هو أمر خاضع لرقابة محكمة النقض، إما عن طريق نقص في الأساس القانوني<sup>1</sup>.

في الحقيقة أن محاكم الفرنسية تجنبت بداية مناقشة الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي و لكنها بعد ذلك أقرت بأنه عقد ذو طبيعة خاصة ويختلف عن الوعد بالتعاقد أو الوعد بالبيع استناداً إلى نص المادة 11 من قانون 03 يناير 1967<sup>2</sup>. و الذي يلقي على عاتق الملتزم التزاماً بججز عقار للمشتري وليس التزاماً ببيعه له وبالتالي لا يخضع للنص المادة (1840) من قانون الضرائب العام<sup>3</sup>. والذي بمضمونه يلزم بتسجيل العقد الذي يقره شخص صاحب العقار شخصاً آخر ببيعه له في خلال 10 أيام، وصدر حكم لمحكمة النقض الفرنسية عام 1970 أقر بان العقد التمهيدي أو الابتدائي هو عقد معاوضة حيث يتضمن

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 243.

<sup>2</sup> نص المادة 11 من القانون رقم 67/03 المؤرخ في 1967/01/03 .

<sup>3</sup> Article 1840 A du code fiscal général Abrogé par Ordonnance n°2005-1512 du 7 décembre 2005 – art. 20 JORF 8 décembre 2005 en vigueur le 1er janvier 2006.

التزاما متبادل بين طرفي العقد حيث يلتزم البائع المحتمل بان يحجز للمشتري المحتمل عقارا او جزءا من عقار في مقابل وديعة الضمان التي يقدمها المشتري المحتمل أو المحجوز له<sup>1</sup>.

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن الوعد المتبادل بالبيع والشراء، ووروده على قطعة أرض بثمن محدد، هو بيع تام ملزم لطرفيه، تترتب عليه كل آثار البيع القانونية، من وقت إبداء الرغبة ولكنه غير نهائي فلا يؤثر عليه إرجاء التحديد النهائي للمساحة المباعة، إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية، ومنها الثمن خلال مدة معينة مادام ان الالتزامات كاملة ورتب كل آثاره، ويجوز التنازل عنه<sup>2</sup>.

كما قضت المحكمة النقض الفرنسية كذلك في قرار صادر بتاريخ 1987/01/14، بأنه: «يكون البيع تاما بين الطرفين منذ أن يتم الاتفاق على الشيء والثمن ولا يمكن لغياب الاتفاق النهائي على العناصر التابعة للبيع أن يمنع الطابع التام للبيع إلا أن يكون الطرفان قد توخيا تأخير تكوين العقد إلى حين تحديد هذه الكيفيات<sup>3</sup>.

## ثانيا: آثار العقد الابتدائي

يرتب عقد الابتدائي مجموعة من الالتزامات على عاتق الطرفين ينظمهما القانون تنظيميا خاصا، فبمجرد إبرام عقد البيع الابتدائي يترتب على البائع التزامات أربعة هي: التزام بنقل الملكية الذي يعكس فكرة التملك، التزام بالتسليم ويعكس فكرة الحيابة ، التزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق الذي جاء به

<sup>1</sup> ايمان عبد الفاتح عوده علي المرجع السابق ص1226.

<sup>1</sup> نقض مدني مصري، بتاريخ 1972/05/25، طعن رقم 36/417 نقلا عن الدكتور بلحاج العربي للمرجع السابق، ص244

<sup>2</sup> نقض مدني فرنسي، غرفة 3، بتاريخ 1987/01/14، دالوز، 1988، ص 80، ملاحظات Schmidt نقلا عن بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص244

المشرع من أجل ضمان حياة هادئة والتزام بضمان العيوب الخفية بهدف أن تكون الحياة نافعة. أما في ذمة المشتري فيترتب التزام رئيسي هو دفع الثمن إضافة التزامه بالتسلم وكذا دفع بعض الرسوم<sup>1</sup>.

كما يتضمن أيضاً آثار عواقب البيع ، حيث تعهد البائع بنقل ملكية العقار المباع إلى المشتري وتعهد للمشتري بتسليم العناصر المبيعة وضمان التعرض والملكية والعيوب الخفية. وأن المشتري قد تعهد بدفع الثمن والمصاريف واستلام الأصناف المبيعة ، وهذا أهم ما سيؤخذ في الاعتبار في العقد المبدئي - وهذا ما يميزه عن عقد البيع العام في ذلك كله. لا يُقصد من هذه الالتزامات أن يتم إنفاذها على الفور ، ولكنها تظل معلقة لحين صياغة العقد النهائي ؛ حيث يُفترض أن المبيعات ، من خلال تسمية العقود ، هي عملية بيع واحدة بدلاً من ذلك ، يعني أن البائع لا يطلب سعراً حتى يتم تحرير البيع النهائي - باستثناء احتمال الاتفاق على دفعة مقدمة - ولا يطلب المشتري تسليم العنصر المباع أو عائداته حتى تلك النقطة ، البيع الأولي يضيف إلى تأثيره لأنه يلزم كل طرف بإتمام البيع النهائي في الوقت المتفق عليه<sup>2</sup>.

وقد قضت محكمة النقض المصرية "لما كانت المادة 922 من القانون المدني بعد أن نصت فقرتها الأولى على ملكية صاحب الأرض لكل ما عليها من مبان أجازت الفقرة الثانية منها للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها وإذا كان سند التحويل لا يكون إلا تصرفاً قانونياً فإن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى الباني بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض ، وإنما بتسجيل هذا الترخيص لأنه قبل ذلك لا يكون الباني مالكاً لما يقيمه من مبان لأن حق القرار الذي يخوله الارتكاز

<sup>1</sup> بوشارب إيمان محاضرات عقود خاصة كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة 8 ماي 1945 ، قالمة ،

2023 ، ص 35

<sup>2</sup> الموقع الإلكتروني <https://azizavocate.com/2021/09> تاريخ الاطلاع 16/03/2023 على الساعة 15:14

ببناؤه على تلك الأرض التي لا يملكها هو حق عيني لا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري الصادر برقم 114 لسنة 1946 إلا بالتسجيل أما قبله فإن ملكية المنشآت تكون لمالك الأرض بحكم الالتصاق وفقاً للقانون<sup>1</sup>

وبأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن حق القرار الذي يعطي لصاحبه سلطة أن يستقر ببناؤه على أرض غير مملوكة له هو حق عيني ومن ثم فإنه بهذه المثابة لا ينشأ ولا ينتقل وفق حكم المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946، إلا بالتسجيل سنده أما قبل ذلك فإن المنشآت التي تقام على أرض الغير تعتبر من عمل صاحب هذه الأرض وتكون مملوكة له بحكم الالتصاق وذلك على ما أفصحت عنه الفقرة الأولى من المادة 922 من القانون المدني<sup>2</sup>.

البائع يكون ملزماً قبل التوقيع على العقد الابتدائي بأن يحصل على الرخص الضرورية وينجز التصاميم الهندسية ، وبأن ينتهي من أشغال الأساسات على مستوى الطابق الأرضي، وأن يضع دفترًا للتحملات تحدد فيه مشتملات المشروع والتجهيزات التي يتوجب إنجازها ، كما يلتزم البائع بتوفير ضمانات بنكية أو أية ضمانات أخرى معادلة ومماثلة لها، أو تأمين لتمكين المشتري من استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ العقد ، وإذا أغفل البائع تقديمها عند التوقيع على العقد الابتدائي فإن المشتري يكون من حقه إجباره على تقديمها بحكم قضائي. وإلى جانب هذه الوسيلة التي تهدف إلى حماية حق المشتري الدائن في استرداد الأقساط عند عدم تنفيذ العقد، فقد وضع المشرع بين يدي هذا الأخير وسيلة إجرائية لحماية حقه العيني المتمثل في العقار موضوع البيع. حيث رخص له في إجراء تقييد احتياطي بالرسم العقاري حتى يحتفظ برتبة حقه في مواجهة الأغيار اللاحقين له. وخاصية هذا التقييد خلافاً للقواعد العامة أنه يتم بناء على العقد الابتدائي للبيع، بشرط الترخيص به من طرف البائع، ويمتد من حيث مفعوله

<sup>2</sup> طعن 475 س 59 ق "هيئة عامة" جلسة 25/10/1994. نقلاً عن عبد العزيز حسين عمار، المحامي بالنقض، في آثار العقد النهائي و الابتدائي، الزقازيق، القاهرة، 2021

<sup>1</sup> طعن 475 س 59 ق "هيئة عامة" جلسة 25/10/1994 . نقلاً عن عبد العزيز حسين عمار.

الزمني إلى غاية تسجيل البيع النهائي بالرسم العقاري، علما أنه إذا رفض البائع الترخيص للمشتري في إجراء هذا التقييد، فإنه يمكن لهذا الأخير الوصول إلى نفس الغاية عن طريق القواعد العامة وبعد التوقيع على عقد البيع الابتدائي فإن البائع يصير متحملا بالتزام إنجاز البناء وفق التصميم الهندسي ودفتر التحملات وذلك داخل الأجل المتفق عليه بين الطرفين<sup>1</sup>.

كما يضمن البائع عدم تعرضه الشخصي للمشتري سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا، التعرض المادي هو عمل مادي من جانب البائع يؤدي إلى الحد من الانتفاع بالمبيع، مثل قيام البائع باغتصاب العين المبيعة، ولذلك نقول بأن التعرض المادي لا يستند فيه البائع على حق يحميه القانون، أما التعرض القانوني فيكون في صورة دعوى يرفعها البائع ضد المشتري، مثل أن يكون البائع في الأصل غير مالك للمبيع ثم تنتقل إليه ملكية الشيء بعد البيع فيقوم برفع دعوى استحقاق ضد المشتري، لكن لا يعتبر من ضمن التعرض قيام البائع برفع دعوى الفسخ، أو القيام بالحجز على المبيع نتيجة إخلال المشتري بالتزامه في دفع الثمن، إذ أن هذه الدعاوى لا تتضمن إنكارا لحقوق المشتري بل هي تنطوي على إقرارا بحقوقه، ولكن تدعي إخلاله بالتزاماته، ولذلك نقول أن ما يعتبر من ضمن التعرض القانوني المحظور على البائع، هو ادعاء حق يؤدي إلى سلب جزئي أو كلي للحقوق التي رتبها البيع أي دعاوى تتضمن إنكارا لحق المشتري الذي كان النتيجة الطبيعية للبيع<sup>2</sup>.

فالالتزام الأول و الرئيسي للبائع هو حجز الوحدة السكنية أو العقار المراد شراؤه وهذا الالتزام يختلف بطبيعته و مضمونه بحسب الفترة التي إبرم فيها العقد التمهيدي قبل البدء بأعمال البناء فان التزم البائع هنا يكون مقتصرًا على عدم البيع لغير المحجوز له و يبرز هذا الحكم أن شروط العقد لم تحدد

<sup>1</sup> [https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/672606/mod\\_resource/content/1](https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/672606/mod_resource/content/1) تاريخ الاطلاع

<sup>2</sup> [https://www.droit-arabic.com/2018/09/blog-post\\_51.html](https://www.droit-arabic.com/2018/09/blog-post_51.html) تاريخ الاطلاع 26/03/2023 على الساعة 11:48

بعد بشكل نهائي و يسمى هذا الالتزام سلبيا أما إذا إبرم العقد التمهيدي بعد البدء بأعمال البناء فإن هذا العقد يعتبر بمثابة وعد بالبيع ويسمى هذا الالتزام ايجابيا<sup>1</sup>.

أما الالتزام الذي يقع على المشتري هو دفع مبلغ من المال عند إبرام العقد التمهيدي كضمانه للبائع وكدليل على نية المشتري بإتمام عقد البيع النهائي فيلتزم المشتري بدفع العربون الذي هو مبلغ من المال يدفعه للبائع عند الاتفاق على عقد البيع على أن يحسب فيما بعد من أصل الثمن عند إبرام العقد أو يبقى في ذمة البائع ولا يردّه إلى المشتري في حال عدوله عن إتمام عقد البيع و يتوجب على المشتري بموجب العقد الابتدائي أن يدفع العربون للبائع الواعد بالحجز او بالبيع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ايمان عبد الفاتح عوده المرجع السابق ص1229.

<sup>2</sup> ايمان عبد الفاتح عوده، المرجع السابق، ص1234

## ملخص الفصل الأول:

العقود التمهيدية التقليدية نظمتها التشريعات المختلفة منذ القدم وقد تمثلت في الوعد بالتعاقد والذي هو اتفاق يلزم بمقتضاه شخص يسمى الواعد مع الشخص آخر يسمى الموعد له بإبرام عقد معين في المستقبل، والوعد بالترفضيل والذي بدوره يتعهد بمقتضاه احد الأطراف أن يعطي الأفضلية للمستفيد في أن يتعامل معه في حال قرر الواعد التعاقد ويجب لانعقاده توفر الأركان العامة وهي التراضي و المحل والسبب، كما تطرقنا إلى عقود أخرى المتمثلة في العقد الإطار والذي هو مجموعة عقدية تتألف من اتفاق يتضمن قواعد عامة تحدد كيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى وينقسم إلى قسمين الاتفاقات الفردية وهي اتفاق يربط شخصا طبيعيا أو معنويا بشخص آخر طبيعي أو معنويا، أما الاتفاقات الجماعية فهي اتفاق يربط مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية، أما العقد الآخر فهو العقد الابتدائي وهو مرحلة وسطى بين المفاوضات التمهيدية والعقد النهائي وللإحاطة بجوانب هذا العقد كأحد الاتفاقات التمهيدية السابقة عن إبرام العقد النهائي كما يتميز عن الوعد بالتعاقد وعن اتفاق مبادئ.

# الفصل

## الثاني

العقود التمهيدية الحديثة

الحق في السكن أحد أكثر الاحتياجات الاجتماعية حيوية، وعلى الرغم من الجهود المبذولة للتهوض بقطاع السكن فإن العروض منه ظل بعيدا عن الطلب الذي ظل في نسق تصاعدي الأمر الذي استوجب من السلطات العمومية مراجعة الإطار القانونين الذي يحكم الاستثمار في مجال السكن ولاسيما من خلال فتح مجال التّقية العقارية أمام المبادرة الخاصة، وكذا العمل على تنويع تقنياتها وعقودها ففي سياق تنويع تقنيات وعقود التّقية العقارية، والى جانب عقد البيع الذي يبقى الأداة القانونية الطبيعية لنقل الملكية العقارية ولإعتبارات مالية وعملية تخص كل من المرقى و المكتتب أقر المشرع أنماط جديدة للبيع، استمدها من التشريع الفرنسي، تعرف تحت مسمى " بيع العقار في طور الإنجاز سنطرق في موضوع فصلنا الثاني لعقد حفظ الحق باعتباره تقنية من تقنيات التّقية و الذي تبناه المشرع الجزائري مرة أخرى على بعد تنظيمه بموجب القانون 86-07 المؤرخ في 4 مارس سنة 1986 المتعلق بالترقية العقارية<sup>1</sup> ليتمّ إلغائه الحقا من خلال المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في أول مارس<sup>2</sup>. 1993. و المتعلق بالنشاط العقاري بموجب القانون

11-04 المؤرخ 17 فبراير سنة 2011 المحدد للقواعد الأنظمة لنشاط التّقية العقارية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> القانون رقم 86 / 07 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 10 السنة الثالثة والعشرون 1986

<sup>2</sup> المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري

<sup>3</sup> بن عامر محمد، عقد حفظ الحق كتقنية لترقية العقارية، كلية الحقوق جامعة يحي فارس المدية الجزائر مج3، ع2، مخبر السيادة و العولمة 2017، ص2.

## المبحث الأول: الاطار المفاهيمي لعقد حفظ الحق

نظم المشرع الجزائري أحكام خاصة لعقد حفظ الحق فأعطى له ميزة اساسية قد تميزه على الكثير من العقود فقد تبنى المشرع الجزائري تقنية عقد حفظ الحق في القانون 86-07 فنجد المادة 30 من نفس القانون تنص على انه يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق و عقد بيع على التصاميم المذكوران في المادتي 27 و 28 أعلاه أصل ملكية الأرضية و رقم السند العقاري عند الاقضاء و مرجعيات رخصة التجزئة و شهادة التهيئة و الشبكات وتاريخ ورقم رخصة البناء، هذه الحالة تندرج الى صيغة المعاملة التجارية بعقد حفظ الحق ويكون خاضعا لنصوص احكام التشريع الجزائري<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: ماهية عقد حفظ الحق و خصائصه

يعد عقد حفظ الحق صورة من صور البيع العقاري في طور الانجاز و لهذا قد تداخل مفهومه مع صور اخر من البيوع الواردة على العقار تحت الإنشاء

### الفرع الأول: تعريف عقد حفظ الحق

في مجال البيوع العقارية جرى العرف في فرنسا على إعداد عقد أولي يسبق العقد النهائي و ذلك بعنية إلزام الطرفي المعاملة أو أحداها على احترام تعهداتها الشئ الذي يجسد عادة في صورة وعد بالبيع من جانب واحد على اعتبارها أن العقد النهائي يترك لاحقا، فقد عرفه المشرع بأنه هو عقد ابتدائي يسبق العقد النهائي والذي يلتزم البائع بموجبه أن يحجز جزء من العقار أو عقار كامل للمشتري على أن يدفع هذا الأخير مبلغ من مال كضمان يودع في البنك أو لدى الموثق في حسب خاص باسم صاحب حفظ الحق كون تحريره يستوجب تدخل موثق فقد رسم المشرع الفرنسي من خلال القانون 67/03 المؤرخ في 3

<sup>1</sup> نادية عارف، النظام القانونية لعقد حفظ الحق في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر 2018 ص 09

جانفي 1967 عقد حفظ الحق جاعلا منه الشكل والأداة القانونية الوحيدة السابقة عن ابرام العقد النهائي ي المجال المحمي ،وقد عرفه المشرع الفرنسي في النص المادة L.261/15 من القانون البناء والسكن على انه العقد الذي بموجبه يلتزم البائع المستقبلي على حجز عقار او جزء من العقار المقرر إقامته لفائدة المحجوز له المشتري المستقبلي في مقابل دفع مبلغ ضمان فعقد حفظ الحق يعد بمثابة عقد تحضيرى و ابتدائى للبيوع العقارية التي هي في طور الإنشاء<sup>1</sup>.

بالمقابل نجد أن المشرع الجزائري عرف عقد حفظ الحق بموجب المادة 27 من القانون رقم 04/11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية<sup>2</sup>. على ما يلي (عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه او في طور الانجاز لصاحب حفظ الحق فور إنجائه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير ) ،ما يلاحظ على هذه الصياغة أنها صياغة غير مضبوطة كون المشرع يخلط في التعريف بين التعريف عقد حفظ الحق كعقد تمهيدى و العقد النهائي المتعلق بتأكيد البيع عندما تطرق الى التزام المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه هو التزام جوهرى في العقد النهائي و ليس في العقد التمهيدى الذي يخص عقد حفظ الحق ،يضاف إلى ذلك تطرق المشرع في الذات التعريف إلى التسبيق الذي يدفعه صاحب حفظ الحق و هو في حد ذاته جزء من ثمن المبيع الذي من المفروض يحدده العقد النهائي و ليس العقد التمهيدى<sup>3</sup>.

كما نصت المادة 30 منه على انه يجب تسبيق كل تنازل في إطار البيع لأجل تحرير عقد حفظ الحق الذي يحدد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية إذا لم تظهر فعالية هذا العقد في التقليل من أزمة

<sup>1</sup> بن عامر محمد ،المرجع السابق ،ص4.

<sup>2</sup> قانون 04/11 المتعلق بالقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج ر العدد14 المؤرخة في 06/03/2011 المؤرخ في 17/02/2011.

<sup>3</sup> جميلة جبار خصوصية الشكلية في عقود الترقية العقارية ،مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية ،مج04،ع01مخبر النظام القانونى للعقود و التصرفات في القانون الخاص 2022ص26.

السكن خلال تلك الفترة ،لهذا تم إلغاءه بموجب المرسوم رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري و جاء بصيغة جديدة للبيع و هي البيع بناء على التصاميم<sup>1</sup>.

و الملاحظ على الإرادة التشريع أنها لم تلتزم من خلال القانون 07/86 بتسمية واحدة لهذا العقد فيطلق عليه اسمان عقد حفظ الحق و البيع بناء على التصاميم أو العقد التمهيدي و على هذا النحو الذي تبناه المشرع الفرنسي يبقى أن هذا العقد يمهد للعقد النهائي الناقل للملكية العقار موضوع عقد حفظ الحق و من خلاله يلتزم المترشح للملكية بصب ضمان في حساب خاص باسم طالب حفظ الحق يفتح لدى المؤسسة المخولة، و في المقابل يلتزم المكتب بتبليغ حافظ الحق بمشروع عقد البيع قبل شهر على الأقل من تاريخ توقيع العقد النهائي و على الرغم من انتشار الملحوظ في الميدان عملية بيع العقارات ذات الطابع السكني وهي لازالت في طور الانجاز غير ان المشرع الجزائري لم يتناول من خلال المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري صراحة فكرة العقود الابتدائية من بينهم عقد حفظ الحق حيث تركم امر تحديد نموذج العقد الواجب الإلتباع لحرية الاختيار الأطراف على النحو الذي يخدم مصالحها و هو الأمر الذي ينطوي على خلل كبير و يؤخذ بعين الاعتبار عند تعديل هذا النص حتى يكيف سوق البيع على التصاميم<sup>2</sup>.

أما التعريف الفقهي لعقد حفظ الحق فقد اخذ طرفا محايدا فقد عرفوه بأنه عقد حفظ الحق من العقود التي تنصب على الأشياء المستقبلية كان يشتري شخص منزل من شخص اخر لم يبدأ البناء فيها بعد كون المحل هنا أمر مستقبلي ،هذا المثال الذي تقدم به الدكتور حسن قدارة ينطبق على المحل الذي ينصب عليه و على عقد حفظ الحق المتمثل في شراء بناء و هو في طور الانجاز،في حين الدكتور زهية

<sup>1</sup>الوش سميرة ،التنظيم القانوني لعقد حفظ الحق و خصوصيته في مجال البيوع العقارية ،مجلة الاجتهاد القضائي ،مج14

ع01 ،مخبر اثر الاجتهاد القضائي على شكل التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة،2022 ص237

<sup>2</sup> جميلة جبار ، المرجع السابق،ص27

سي يوسف ترى أن الأموال المستقبلية يجوز تعامل فيها بحيث يمكن للمشتري بموجب هذا النوع من التعاقد ان يجازف بمقدار المبيع و كميته في وجود المبيع كما هو الحال بالنسبة لعقد حفظ الحق، و بالتالي يكون المبيع صحيحا بينما يرى الدكتور عبد الناصر توفيق العطار ان بيع الاشياء المستقبلية مبني على المجازفة في وجود المبيع ذاته أو في مقداره فهي مسألة ترجع الظروف التي لا دخل لإرادة البائع فيها<sup>1</sup>.

و بالمقارنة بين التعريفين نلاحظ ان المشرع الجزائري عرف عقد حفظ الحق في صياغة غير مضبوطة حيث خلط بين عقد حفظ الحق و العقد النهائي فبالنظر الى الطريقة صياغة المادة 27 في تعريف عقد حفظ الحق انه عقد يلتزم بمقتضاه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه او في طور البناء لصاحب الحق لفور بنائه و كأنه يشير إلى عقد بيع عادي نهائي و بنفس الالتزام الذي يقع على عاتق البائع و المشتري، كما أن المشرع الجزائري قد عاد لتسمية عقد حفظ الحق في القانون 04/11 بعدما تخطى عنها في المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالترقية العقارية و الذي لم يتضمن عقد البيع الأجل الذي يسبقه عقد حفظ الحق بعد ان كان قد نص عليه في القانون 07/86 المؤرخ في 1986/03/04 و المتعلق بالترقية العقارية الجريدة الرسمية العدد 10 المؤرخ في 1986/03/05 (ملغى)، أما في الجهة المقابلة المشرع الفرنسي حيث أن هذا الأخير بالخصوص البيوع العقارية الواردة على العقارات ذات انجاز المستقبلي المحددة بعقد البيع و عقد البيع على التصاميم يمكن أن تكون مسبوقه بعقد حفظ الحق باعتباره عقد تمهيدي يمهد للإبرام النهائي للعقد العقاري ، و يرجع إعادة إقرار هذا النوع من العقود الى المشاكل التي يعرفها القطاع و خصوصا تصرفات بعض المرقيين الخواص في

<sup>1</sup> زهية سي يوسف ، عقد البيع الطبعة الثالثة ، دار الافل، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2005 ،ص52

التحليل على بعض الراغبين في اقتناء هذا النوع من السكنات حيث يتم إلزامهم بدفع بعض الأقساط دون القيام بتوثيق لهذا التصرف و دون حصول هؤلاء على سندات او عقود تثبت حجزهم لعقاراتهم السكنية<sup>1</sup>.

هناك تشابه كبير بين عقد بيع على التصاميم و عقد حفظ الحق كما يشتملان على فوارق الجوهرية تجعل من السهل التمييز بينهما ،ويتبين لنا نقاط التشابه و الاختلاف من خلال خصائصهما فهناك خصائص مشتركة فكلاهما عقد مسمى و العقود المسماة هي التي وضع لها المشرع تنظيما خاصا فقد عرف علي فيلالي أن العقد المسمى هو عقد الذي تولى مشرع تسميته و تعريفه و تنظيم أحكامه و أورد المشرع الجزائري أحكام عقد البيع على التصاميم و عقد حفظ الحق ضمن القانون 04/11 و كلاهما عقد ملزم لجانبين، و هو عقد الذي يترتب التزامات متقابلة بين طرفي العقد في عقد البيع على التصاميم يلتزم المرقي العقاري بنقل الملكية المبيع و تسليمه وفقا للمعايير الفنية المتفق عليها وفي حين يلتزم بدفع المقتني بدفع الثمن أما العقد حفظ الحق هو عقد من عقود التبادلية حيث أن المرقي العقاري ملتزم بتخصيص العقار المقرر بناؤه و في طور الانجاز لصاحب حفظ الحق فور إنجائه كما أن كلاهما<sup>2</sup>. عقد اشترط نص المادة 37 من المرسوم التنفيذي 58/94 كما أن عقد حفظ الحق باعتباره عقد ابتدائي يكون في شكل رسمي و مسجل فان ملكية العقار المحفوظ لا تنتقل الى المشتري إلا بعد إبرام العقد النهائي إما من حيث الأطراف فمن خلال مواد القانون رقم 04/11 نجد المشرع الجزائري اطلق على المشتري في عقد بيع على التصاميم بالمكاتب أما بالنسبة لعقد حفظ الحق فقد أعطى المرسوم 07/86 للمشتري وصفا آخر و هو المترشح للملكية و من حيث دور الصندوق الضمان الكفالة المتبادلة يختلف دور الصندوق الضمان في عقد بيع على التصاميم عن دوره في إطار عقد حفظ الحق ذلك انه في العقد الأول يقوم المشتري بدفع تسبيقات إلى المرقي العقاري بالموازاة مع تقدم الشغال و بعد الصندوق بمثابة كفيل

<sup>1</sup> جميلة جبار ،المرجع السابق،ص27

<sup>2</sup>بحماوي الشريف،مدى فعالية عقد حفظ الحق في تطوير الترقية العقارية ، ،ع6 مخبر القانون و العقار بجامعة البليدة 2017،ص128

شخصي، أما في عقد حفظ الحق و ما يمكن استنتاجه من المادة 54 من القانون 04/11 حيث ان الصندوق يضمن التسديدات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات إلى المرقي العقاري<sup>1</sup>.

### اولا : اطراف عقد حفظ الحق

يتمثل أطرافه في المرقي العقاري و من جهة أخرى صاحب حفظ الحق

#### ا المرقي العقاري:

لقد عرفت المادة 3 من قانون 04/11 المرقي العقاري بأنه يعد مرقيا عقاريا بمفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة او ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة او تدعيم بنايات تتطلب احد هذه التدخلات أو تهيئة و تأهيل السكنات قصد بيعها أو تأجيرها و قد وضع المشرع الجزائري إجراءات صارمة و شروط لممارسة مهنة المرقي العقاري منها أن يكون تاجرا و مسجلا في سجل التجاري بالإضافة إلى التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين و ضرورة الحصول على شروط أخرى و يعد المرقي العقاري المخول الوحيد قانونيا المرخص له ممارسة بنشاط الترقية العقارية للبيع أو الإيجار أو تلبية الحاجات الخاصة و المنظمة بموجب هذا القانون ،و لذلك نص المشرع صراحة انه لا يمكن إبرام عقد حفظ الحق أو عقد البيع على التصاميم للعقار المقرر بناؤه أو في الطور الانجاز الا من طرف المرقي العقاري و يمنع إبرام هذه العقود خارج الأحكام المنظمة لقانون الترقية العقارية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>خوائرة سامية ،التزامات المكتتب و صاحب حفظ الحق في القانون 04/11، ، ع06 مجلة اكاامية دولية فصلية،جامعة ابن خلدون تيارت ،الجزائر 2018ص96

<sup>2</sup> خرشة نريمان النظام القانوني لعقد حفظ الحق في الترقية العقارية مذكرة ماستر تخصص القانون العقاري المركز الجامعي احمد بن يحي الوشرسيبتيبمسيلت 2018 ص8.

## ب صاحب حفظ الحق:

يعد صاحب حفظ الحق كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية قانونية التي تسمح بمباشرة حقوقه المدنية أما بخصوص إمكانه اللجوء الشخص المعنوي إلى هذه الصيغة، فقد نص المشرع في المرسوم التنفيذي 431/13 في الملحق الثاني المتضمن نموذج عقد حفظ الحق<sup>1</sup>. و في تحديده لهوية الأطراف المتعاقدة انه على صاحب حفظ الحق ذكر البيانات التالية (الاسم، اللقب، شهادة ميلاد، بطاقة التعريف الوطني و العنوان) في حين أن الشخص الذي يلجا إلى صيغة البيع على التصاميم و الذي يدعى المكتتب ممكن ان يكون شخص طبيعي أو معنوي طبقا للنموذج عقد بيع على التصاميم إلا أن المشرع خص عقد حفظ الحق للشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي، و كان بذلك حصر نطاق تطبيق هذا العقد من حيث الأرض المعد له لمحلات ذات الاستعمال السكني او المهني و تشييد المشاريع الكبرى التي يقوم بها الشخص المعنوي كالشركات التجارية و المؤسسات العمومية<sup>2</sup>.

## ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق

تتميز هذه الصيغة من العقود كما ذكرنا سابقا بخصائص متميزة عن غيرها من العقود الأخرى حيث جعلت البعض من الفقهاء بصنفها ضمن فئة العقود التمهييدية السابقة عن التعاقد، و منهم من صنفها كعقود مستقلة بذاتها اتجه جانب من الفقه ان هذا النوع من العقود عبارة عن وعد بالبيع ملزم لجانب واحد معلقا على شرط واقف و المتمثل في إتمام العين العقارية حيث أن المحجوز لديه يرتب وعد البيع إذا قام البناء و لكنه حرفي البناء من عدمه، و فرق بعض الفقهاء هنا بين أمرين حسب وقت إبرام العقد فإذا أبرم قبل الانتهاء من وضع مشروع البناء فان المحجوز لديه ليس ملزما بتنفيذ مشروعه ولا تقوم

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المؤرخ في 2013/12/18 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد بيع على التصاميم للاملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير و آجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2013/12/25، العدد 66.

<sup>2</sup> خريش نريمان، المرجع السابق، ص 9

عليه أي مسؤولية إلا إذا اثبت الحاجز سوء نية أما إذا تم التعاقد بعدم إتمام المشروع ففي هذه الحالة يصبح العقد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد مع إمكانية الرجوع أي أن للحاجز الحق في الرجوع في حين أن مسؤولية المحجوز لديه تنعقد إذا اخل بالتزامه التعاقدية و رفض بيع العقار ،بينما يرى الجانب الآخر من الفقه و منهم الأستاذ جبروم هوبيه انه من قبيل العقود التمهيديّة و الذي يتعهد فيه البائع بان يحفظ الشاري عقارا او قسما من جزء من العقار مقابل ضمان إيداعا احتماليا و يقتضي أن يتضمن هذا الاتفاق بيانات أساسية حول المال المعني و تنفيذ الأشغال و المكان المحفوظ للشريك في التعاقد ، و اعتبره آخرون وعد بالتفضيل هو الصورة الخاصة من صور الوعد بالبيع من جانب واحد حيث يتفق مالك الشئ و شخص آخر يتعهد بمقتضى الأول بتفضيل الثاني على غيره ما يرد على هذا التكييف أن العقار محل العقد في الوعد بالتفضيل يجب أن يكون محدد تحديدا كاملا بينما لا يشترط ذلك في العقود التمهيديّة على غرار فضلا على أن الثمن في الوعد بالتفضيل يكون عن طريق العرض بطريقة تنافسية بينما تقدير الثمن في العقد التمهيدي يتم دون الحاجة لتدخل من الغير<sup>1</sup>.

أما القضاء الفرنسي فقد فرقت محكمة النقض الفرنسية بين حالتين الأولى عندما يبرم عقد حفظ الحق قبل البدء تماما في بناء العقار المحجوز،ففي هذه الحالة عندما يكون العقد ذو طبيعة خاصة و ملزما من الجانبين حيث يرتب التزاما على البائع بحجز الوحدة السكنية في البناء المراد إنشائه للمشتري الحاجز بينما يترتب على هذا الأخير التزاما بدفع مقابل نقدي ضمانا لهذا الأخير الحجز و خلصت المحكمة إلى عدم اعتبار عقد الحاجز في هذه الحال وعدا بالبيع من جانب واحد ، أما الحالة الثانية ما إذا ابرم العقد بعد الشروع في بناء العقار فان العد في هذه الحالة يعتبر وعد بالبيع من طرف البائع و مقبول من طرف المشتري أو الحاجز<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص129

<sup>2</sup>المرجع نفسه، ص129.

## ثالثا: خصائص عقد حفظ الحق

من خلال تعريفنا لعقد حفظ الحق نستنتج أن هذا العقد هو عقد ملزم للجانبين كما انه يميز عن غيره من عقود الترقية العقارية كونه عقد غير ناقل للملكية لكن رغم ذلك يعتبر هذا العقد من العقود الشكلية

## ا: عقد ملزم لجانبين:

يعتبر عقد حفظ الحق من العقود الملزمة للجانبين فهو ينشئ التزامات على كل من طرفيه حيث يلتزم المرقي العقاري بتخصيص العقار المقرر بناؤه او في طور البناء لصاحب حفظ الحق، و في المقابل يلتزم هذا الأخير بدفع تسبيق نقدي يودع في حساب مفتوح باسمه لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية<sup>1</sup>. وفي تعريف آخر عرفه المشرع الجزائري بأنه عقد من العقود التبادلية طبقا للقواعد العامة لاسيما المادة 55 من ق.م.ج التي تنص على أن يكون العقد ملزم للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما البعض و بالتالي فان عقد حفظ الحق يرتب التزامات متبادلة، حيث ان المرقي العقاري يلتزم بتخصيص العقار المقرر بناؤه و في طور الانجاز لصاحب حفظ الحق فور إنجائه في المقابل يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق نقدي باسمه يودع في حساب خاص لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة<sup>2</sup>. لقد كرست المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/04/08 كما يلي \* لا يعد عقد حفظ الحق ملزم لجانبين عقد إذعان، المستفيد من السكن ملزم بتسديد المبلغ المتفق عليه في عقد حفظ الحق المستفيد من السكن موضوع عقد حفظ ملزم بتسديد الثمن متبقي للسكن على ضوء

<sup>1</sup>تواتي سهيلة ا، المرجع السابق، ص1222

<sup>2</sup>المحكمة العليا، القرار رقم، 516800 المؤرخ في، 08/04/2009 الصادر عف الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2009 ص243.

الأشغال المنجزة فعلا\* وهو ما نصت عليه المادة 30 من القانون 07/86 و المرسوم التشريعي رقم 03/93 السالف الذكر (الملغى)<sup>1</sup>.

### ب: عقد غير ناقل للملكية

بالرجوع للقواعد العامة فان انتقال الملكية العقارية لا يتم إلا بإتباع إجراءات شكلية ووفقا للإجراءات المقررة قانونا و هي التسجيل و الشهر في المحافظة العقارية، و من بين النصوص الأمرة بذلك المادة 793 من ق.م و التي تنص (لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا رعت الإجراءات و بالأخص القوانين التي تدير الشهر العقاري ) و على خلاف ذلك فان عقد حفظ الحق لا يخضع لإجراءات الشهر العقاري بالرغم من انه ينصب على عقار وفقا لنص المادة 33 من القانون الترقية العقارية\* يتعين على المرقي العقاري بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على اثر الاستلام المؤقت للبناءة أو لجزء منها بإعداد عقد البيع العقار أو جزء من البناءة المحفوظة أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق بحيث أن المرقي العقاري يبقى مالكا للعقار محل الحفظ إلى غاية انجاز البناء أو لجزء منها و بتسديد صاحب حفظ الحق للسعر الكلي للبيع يتم العقد الناقل للملكية أمام الموثق<sup>2</sup>.

كما انه لا ينعقد البيع الوارد للعقار انعقادا صحيحا إلا إذا استوفى ركن الشكلية كركن رابع بالإضافة إلى الأركان أخرى المعروفة، من رضا و محل و سبب اذ يجب أن يحرر البيع العقاري في وثيقة رسمية من طرف الموثق بحيث تنص المادة 793 من ق.م.ج سالفه الذكر ، نقل الملكية المتمثلة في التسجيل و الشهر فهذا من الأصل العام إلا أن عقد حفظ الحق يعتبر عقد غير ناقل للملكية العقار

<sup>1</sup> نادية عارف، المرجع السابق، ص12.

<sup>2</sup> خريشة نريمان، المرجع السابق، ص11

محل حفظ الحق فهو يرتب التزامات شخصية بين الطرفين أو يطلب من احد أطرافه سواء كان صاحب حفظ الحق أو المرقي العقاري طبقا لنص المادة32 من القانون رقم 04/11<sup>1</sup>.

و قد أشار المشرع إلى عقد بيع على التصاميم بان عقد حفظ الحق عقد رسمي يحرر من قبل موثق لا يخضع لإجراء الشهر عكس ماكان عليه الأمر بالنسبة لعقد بيع على التصاميم و لما كانت الشكلية في عقد حفظ الحق تقتصر على الرسمية من دون الشهر نستطيع القول أن عقد حفظ الحق لا يؤدي إلى انتقال البناية التي سوف يتم تشييدها أو جزء منها كل ما في الأمر أن هذا العقد يمكن المكتتب من حجز البناية لفائدته و حفظ حقوقه في حالة إفلاس المرقي العقاري أو الحجز ذات البناية لفائدة شخص آخر ولا تنتقل الملكية إلا بتسديد الكلي للسعر المبيع من قبل صاحب حفظ الحق و استلام المرقي العقاري البناية و هذا ما تشير إليه المادة33 السالفة الذكر من قانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 المتعلق بالنشاط الترقية العقارية<sup>2</sup>.

### ج: عقد حفظ الحق عقد مكتوب (رسمي)

لم يتطرق المشرع الجزائري من خلال القانون 04/11 إلى شكل عقد حفظ الحق عرفيا كان او رسمي بل أحال على التنظيم، فنصت المادة 27 منه على انه يجده نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم و بصدور المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق و عقد بيع على التصاميم المشار إليه أعلاه نجده في الملحق الثاني منه تناول نموذج عقد حفظ الحق ،حيث اوجب ان يتم لدى الموثق وهو الأمر الذي يضي على هذا العقد الطابع الرسمي بالنظر إلى صفته القائم بإعداده 'ويمكن تفسير رغبة المشرع في إضفاء الرسمية على عقد حفظ الحق في التجربة السيئة التي عرفها تطبيق القانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، والذي لم يكن يشترط الرسمية في عقد الحق ان نص

<sup>1</sup> نادية عارف، المرجع السابق، 1312

<sup>2</sup> جميلة جبار، المرجع السابق، ص28.

المادة 31 منه كانت تكتفي بإفراغه في شكل عقد عرفي مع إخضاعه للتسجيل<sup>1</sup>. غير ان هذه الصيغة لم تكن تخلو من مخاطر مرتبطة بالطابع العرفي للعملية من جهة علاوة على ما أصبحت تفرضه أحكام نص المادة 63 من القانون رقم 25/91 المؤرخ في 16/12/1991/ المتضمن قانون المالية لسنة 1992 على انه يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية فعلية تسجيل تتضمن إفراغه في قالب رسمي إضافة إلى ضرورة اتخاذ عقد حفظ الحق صورة النموذج المشار إليه أعلاه و بمعرفة الموثق فقد استوجب المشرع تسجيله لدي مفتشية التسجيل و الطابع غير انه لم يعين أجلا لذلك خلفا للمشرع الفرنسي الذي يشترط تسجيله في اجل 10 أيام تحت طائلة البطلان و نشير أن المشرع أعفى عقد حفظ الحق من الالتزام بالإشهار العقاري كونه لا يرتب إلا التزامات شخصية ولا ينتقل ملكية العقار المقرر بناؤه ليس له اثر عيني وقد اوجب المشرع من خلال نص المادة 30 من قانون 04/11 يتضمن عقد حفظ الحق البيانات المتعلقة بأصل ملكية الأرضية و رقم السند العقاري عند الاقتضاء و مرجعيات رخصة التجزئة و شهادة التهيئة و الشبكات وكذا تاريخ و رقم رخصة البناء كما تضمن نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 ببيانات أخرى دقيقة تتعلق بموقع ووصف البناية أو جزء من البناية موضوع عقد حفظ الحق و كذلك الأعمال المشتركة و السعر التقديري للبيع و الأجل التقديرية للتسليم فهذه البنائيات تسمح لصاحب حفظ الحق من تكوين فكرة دقيقة حول المشروع المقترح عليه و أيضا إجراء مقارنة وقت التسليم مع العقد النهائي و بالنتيجة التوقيع أو التخلي عن العملية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بن عامر محمد، المرجع السابق، ص11.

<sup>2</sup> بن عامر محمد، المرجع السابق، ص12.

**د: عقد حفظ الحق ذو طابع اقتصادي**

حيث انه يمكن للمرقي العقاري الحصول على تمويل بنكي حالة إبرام عقد حفظ الحق لتمويل مشاريعه هذا ما جعل هذا الأخير يحرر في شكل رسمي و بما أن عقد حفظ الحق لا ينقل الملكية فان أرضية البناء تكون ملك للمرقي العقاري وله أن يرتب عليها رهنا رسميا لدى مؤسسة المقرضة<sup>1</sup>

**ه: عقد حفظ الحق من عقود الإذعان**

يرى البعض أن عقود حجز الوحدات السكنية كما هو الحال بالنسبة لعقد حفظ الحق تعد صورة من صور الجديدة لعقد الإذعان أفرزته أزمة السكن إذ يعد مجال المعاملات العقارية من المجالات التي يظهر فيها الاختلال بالتوازن في روابطها التعاقدية بسبب استغلال احد الطرفين لهذه الأزمة و لمصلحته على حساب الطرف الآخر في استقلالية الشخص المحترف بإعداد العقد مقدما و غرض شروطه على عملائه تجعل من المشتري لا يملك الخيار و بالتالي ما عليه سوى القبول هذه الشروط و الرضوخ لها علما ان هذه الخاصية لا تقتصر على عقد حفظ الحق بل تشمل كذلك عقد البيع على التصاميم<sup>2</sup>.

**المطلب الثاني: الأركان عقد حفظ الحق**

تتقسم أركان عقد حفظ الحق إلى الأركان الموضوعية المتمثلة في التراضي والمحل و السبب و الأركان الشكلية.

<sup>1</sup> لالوش سميرة ، المرجع السابق، ص 240.

<sup>2</sup> جميلة جبار ، المرجع السابق ، ص 29.

## الفرع الأول: الأركان الموضوعية

يلزم لانعقاد عقد حفظ الحق وجوب توافر الأركان الموضوعية التي نظمها القانون المدني للعقد المذكورة سابقا غير أن هذه الأركان تتميز بنوع من الخصوصية لاسيما ما يتعلق بركني الرضا و المحل وهو ما سنتطرق إليه

### أولاً: التراضي

إن العقد كما عرفه الفقهاء توافق بين إرادتين باتجاه أحداث اثر قانوني أو هو تراضي بين طرفين تتوافق إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية وعليه لا ينعقد العقد إلا إذا اقترن الإيجاب الصادر عن احد المتعاقدين بقبول مطابق له صادر من المتعاقد للآخر و الذي يكون بين **المركبي العقاري** وصاحب **حفظ الحق أو المكتب** ، وقد عرفت المادة 3 من قانون 11-04 المتعلق بالترقية العقارية ووضع المشرع مجموعة من الشروط المتعلقة به و هي الأهلية التجارية الاعتماد و التسجيل في الجدول الوطني للمركبين العقاريين القدرة المالية و الفنية في مجال المشاريع العقارية أن لا يكون محل متابعة جزائية الانتساب لصندوق الكفالة المتبادلة<sup>1</sup> وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المركبي العقاري و كيفيات مسك الجدول الوطني للمركبين العقاريين<sup>2</sup> وقد جاء بتعريف للمركبي العقاري يتجسد في المادة من المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 :يعتبر مركبيا عقاريا كل شخص طبيعي أو معنوي يحوز اعتمادا ويمارس نشاط الترقية العقارية كما هو محدد في القانون رقم 04-2011 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 كما

<sup>1</sup> خرشة نريمان ،المرجع السابق ص9.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 20/02/2012 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المركبي العقاري و كيفيات مسك الجدول الوطني للمركبين العقاريين ج.ر ع 11 المؤرخة في 26/02/2012 المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 19/243 المؤرخ في 08/09/2019 ج.ر ع 55 المؤرخة في 15/09/2019.

تخضع مهنة المرقى العقاري إلى الحصول المسبق على الاعتماد والتسجيل في السجل التجاري وفي الجدول الوطني للمرقين العقاريين<sup>1</sup>.

أما صاحب عقد حفظ الحق فهو كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية قانونية تسمح له مباشرة حقوقه المدنية و لصاحب حفظ الحق يستدعي الخوض في مسألة الأهلية المطلوبة لإبرام العقود و على اعتبار عقد حفظ الحق من العقود الملزمة للجانبين فيشترط لإبرامه أهلية الأداء و المتمثلة في صلاحية الشخص لاستعمال الحق فالأصل أن يتم إبرام عقد حفظ الحق من قبل شخص يتمتع بالأهلية الكاملة إلا انه يمكن ان يستفيد من الأحكام الخاصة بعقد حفظ الحق من لم يبلغ سن الرشد بتطبيق أحكام الولاية<sup>2</sup>.

### ثانيا: المحل

المحل هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها بينما محل الالتزام هو ما تعهد به الملتزم<sup>3</sup> أما في عقد حفظ الحق فهو يرد على محل لم يتم إنشاؤه بعد وهو البناءة التي يلتزم المرقى العقاري بتشييدها في المستقبل و نقل ملكيتها لصاحب حفظ الحق مقابل تسديد المكتتب الثمن الإجمالي لسعر البناءة و عليه فان المحل عقد حفظ الحق يتمثل في البناءة المحفوظة و الثمن و المحل يتميز بخصوصيات جاء بها القانون رقم 04/11 المشار إليه فيما سبق و المرسوم التنفيذي رقم 431/13<sup>4</sup> فالمرقى العقاري يلتزم بحجز العقار لصاحب عقد حفظ الحق بالمقابل يقوم هذا الأخير بدفع تسبيق نقدي كضمان و بالرجوع للمادة 27 من القانون 04/11 و التي جاء فيها أن محل عقد حفظ الحق عبارة

<sup>1</sup> المادتي 03 و 04 المتعلقة بأحكام العامة من الفصل الأول من المرسوم التنفيذي رقم 12-8484 المؤرخ في 2012/02/20

<sup>2</sup> نوال بودبزة، عقد حفظ الحق في القانون الجزائري، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق تخصص قانون أعمال جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل 2019 ص 27.

<sup>3</sup> محمد لخضاري المرجع السابق، ص 268.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 269.

عن عقار مقرر بنائه أو في طور البناء يقصد بالبناء كل عملية تشيد بناية أو مجموعة من البنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني و وفقا لهذا المفهوم يمكن أن تكون البناية موضوع ملكية مشتركة كما يمكن أن ينصرف إلى ملكية فردية و بما أن محل هذا العقد عبارة عن بناية لم تجز بعد يجب أن يتوفر هذا المحل على شروط أن يكون قابلا للوجود ، أن يكون قابل للتعين ، و أن يكون مشروعاً<sup>1</sup> أما في موضوع الثمن يشترط شروط معينة من حيث أن يكون مبلغا من النقود و معينة أو قابلا للتعين فالمكاتب يلتزم بدفع المبلغ التسبيق كضمان لوجود نية لإبرام العقد النهائي و ليس الالتزام بالشراء و يتشكل الثمن في شقين أوله في التسبيق النقدي الذي يلتزم صاحب حفظ الحق بتسديده لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة و المقدر قيمته ب 20% أما الشق الثاني هو السعر المتبقي من السعر الإجمالي 80% للعقار المحجوز يدفعه صاحب حفظ الحق عند إبرام العقد النهائي عند الموثق أما نسبة الضمان الذي يلتزم المحجوز له بدفعه بموجب العقد التمهيدي تختلف باختلاف المدة اللازمة لإبرام عقد البيع<sup>2</sup> عملا بإحكام المادة 28-261R

من قانون البناء و السكن و هي: 5% من الثمن التقديري للبيع في حالة عدم تجاوز مدة تحقيق البيع سنة واحدة، 2% من الثمن التقديري إذا كانت المدة لا تتجاوز سنتين، و في حالة تجاوز المدة سنتين فلا حاجة لإيداع مبلغ الضمان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> خرشة نريمان، المرجع السابق، ص 19.

<sup>2</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق ص 273.

<sup>3</sup> Article R261-28 Modifié par Décret n°2019-873 du 21 août 2019 Le montant du dépôt de garantie ne peut excéder 5% du prix prévisionnel de vente si le délai de réalisation de la vente n'excède pas un an ; ce pourcentage est limité à 2% si ce délai n'excède pas deux ans. Aucun dépôt ne peut être exigé si ce délai excède deux ans.

## ثالثا:السبب

تنص المادة 97 من القانون المدني إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخل للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا وعلى هذا يشترط المشرع أن يكون للالتزام سبب فعدم مشروعية هذا الأخير يؤدي إلى بطلان العقد و بما أن عقد حفظ الحق ملزم لجانبين فيكون سبب التزام المرقي العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه هو الحصول على ثمن في حالة إبرام العقد النهائي في حين يكون سبب التزام المشتري بدفع التسبيق هو الحصول على العقار محل الانجاز في حالة إبرام العقد النهائي<sup>1</sup>. و تنص المادة 98 من ق.م.ج حيث يفيد نص المادة أن العقد قد يكون خاليا من ذكر السبب و عليه يفترض أن يكون للعقد سببا مشروعاً و هي قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسها فيكون المشرع بذلك اخذ بفكرة الازدواجية في السبب فيكون للالتزام السبب الذي يمكن اعتباره ركنا في العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: الأركان الشكلية

نظرا للإشكالات العملية التي أفرزتها الكتابة العرفية لعقد حفظ الحق في التشريعات السابقة الملغاة منها بالأخص المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري فقد ألزم المشرع و بموجب القانون رقم 04/11 المتعاملين به ضرورة تحرير العقد في شكل رسمي من قبل شخص مؤهل قانوناً و إفراغ محتواه و وقف النموذج المحدد سلفاً من قبل المشرع حتى يتضمن تكريس حماية حقوق هؤلاء المتعاملين لما يتطلبه من بيانات خاصة<sup>3</sup>. و عقد حفظ الحق ينشأ صحيحاً بإتباع مجموعة من الإجراءات الشكلية تتمثل في

<sup>1</sup> خرشة نزيهان، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> نادية عارف، المرجع السابق، ص 36.

<sup>3</sup> جبار جميلة، خصوصية الشكلية في عقود الترقية العقارية (عقد البيع بناء على التصاميم و عقد حفظ الحق) مج 04، ع 01، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية 2022، ص 29.

حصول المرقي العقاري على الوثائق المرجعية الخاصة بالتهيئة و التعمير و بتوفر هذه الوثائق فان العقد المذكور يحرر الذي يتعين عليه التقيد بالبنود الإلزامية الواردة في النموذج المحدد له بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13 / 431 المؤرخ في 2013/12/18 المشار إليه سابقا ثم إرفاق العقد بالوثائق المرجعية الخاصة به و يخضع العقد لإجراء التسجيل على مستوى مفتشية الطابع و التسجيل دون الشهر العقار بما أن عقد حفظ الحق يمهد لإبرام عقد نهائي يرتب التزامات شخصية و ليست عينية<sup>1</sup>.

عقد حفظ الحق لا ينقل ملكية البناية لان العقد لا يخضع لإجراء الشهر إلا بعد تحرير عقد بيع النهائي و دفع المبلغ المتبقي لهذا يمكن لصاحب عقد حفظ الحق التراجع أو العدول عن العقد و يبقى المرقي العقاري مالكا للعقار محل حفظ الحق إلى غاية تحرير العقد النهائي الذي يلي عقد حفظ الحق رغم الرسمية التي يتمتع بها العقد لأنه عقد غير ناقل للملكية فدور الشكلية في هذا العقد يقتصر على الرسمية دون الشهر يكمن في حماية حقوق صاحب حفظ الحق في حالة تزام المحجوز عليهم على نفس العقار<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني: آثار عقد حفظ الحق

عقد حفظ الحق من العقود الواردة على العقارات قبل الانجاز يسمح للمرقين العقاريين بالبحث عن مرشحين لاكتساب الملكية العقارية بعد تجسيد المشروع العقاري ،و عقد حفظ الحق كغيره من العقود الملزمة للجانبين يرتب التزامات متقابلة في ذمة طرفيه سواء المقررة في الأحكام العامة للعقود أو تلك

<sup>1</sup> لخضاري محمد ، المرجع السابق ، ص274.

<sup>2</sup> جميلة جبار، المرجع السابق، ص31.

المقررة بموجب النصوص القانونية و التنظيمية التي تحكم نشاط الترقية العقارية الواقعة على عاتق المرقى العقاري و صاحب حفظ الحق وهذا ما سنتطلع له في المطالب الآتية<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: التزامات المرقى العقاري

إن إعادة اعتبار لمهنة المرقى العقاري أصبح أمر ضروري في ظل التجاوزات المعمارية وخرق أحكام المنظمة لنشاط الترقية العقارية في غياب قواعد قانونية تضبط هذه المهنة و رقابة مستمرة و متابعة ميدانية الأمر الذي سمح لبعض المرقين العقاريين والأشخاص المنتحلين لهذه الصفة بالتحاليل بالنصب على من هم بحاجة ملحة للسكن و لهذا كان لازماً على المشرع أن يساير التغيير و مواكبة بحلول قانونية تضمنها قانون رقم 11/04 بحث أزم المرقى العقاري باحترام أخلاقيات المهنة من خلال الحفاظ على سمعته و السعي إلى توفير راحة الزبائن وعدم استغلالهم وإعلامهم عند دعوتهم للتعاقد معهم بكل المعلومات الضرورية المرتبطة بالعقد و تصاميم المشروع العقاري و نصحهم بهدف حماية إرادة كل راغب في التعاقد وعدم وقوع في عيوب الإرادة، ويدخل هذا الضمان ضمن الالتزامات المهنية للمرقى العقاري و الحماية القانونية السابقة للتعاقد التي يستفيد منها المقتني بصفته الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و حتى لا يستغل البائع رغبته في امتلاك السكن<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: الالتزام بإعداد عقد البيع النهائي

أشرنا فيما تقدم أن عقد حفظ الحق يعد من العقود التمهيديّة التي تسبق عقد البيع النهائي و من ثمة فهو لا يرتب سوى التزامات شخصية بين طرفيه فالمرقى العقاري لا ينقل ملكية العقار المحفوظ غير

<sup>1</sup> نوال بودبزة، المرجع السابق، ص50.

<sup>1</sup> سهام مسكر، إلزام المرقى العقاري باحترام الحماية القانونية الممنوحة لمقتني العقار قبل الإنجاز في ظل الأحكام المستحدثة بموجب القانون رقم 04/11 العدد الثاني، مجلة الدولية العلمية الاكاديمية سداسية المحكمة، مخبر السيادة و العولمة، جامعة يحيى فارس المدية جوان 2015، ص01

انه و بعد الانتهاء من الأشغال و استلام البناية المحفوظة يلتزم بإبرام عقد البيع النهائي وفي هذا السياق تنص المادة 33 من القانون 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على انه يتعين على المرقي العقاري بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على اثر الاستلام المؤقت للبناية او لجزء منها بإعداد عقد بيع البناية المحفوظة أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق فالمرقي العقاري ملزم بإعداد عقد البيع النهائي أمام الموثق في اجل أقصاه ثلاثة أشهر تبتدئ من تاريخ الاستلام المؤقت للبناية المحفوظة وهذا خلافا لما هو مقرر في قانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية و كذا التشريع الفرنسي أما في نص المادة 38 من 07/86 المتعلق بالترقية العقارية أوجبت على المكتتب أن يبلغ لحافظ حفظ الحق مشروع عقد البيع قبل شهر على الأقل من تاريخ توقيع هذا العقد الذي يخضع لإمكانية البطلان تبعا للشروط و الأشكال التي نص عليها الأمر 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق و هذا النص جاء مطابقا للنص الفرنسي فالمادة 30/261 من القانون 03/67 المتعلق ببيع العقار في طور البناء تفرض على أن يبلغ صاحب حفظ الحق بمشروع عقد البيع شهر على الأقل قبل التوقيع عليه فالتوقيع على العقد النهائي يجب أن يتم على النحو المقرر في العقد التمهيدي و كل تأخير عن الأجل المقرر يعد سبب مقبول لعدول صاحب حفظ الحق فهذا التبليغ من شأنه أن يسمح لصاحب حفظ الحق من مقارنة كل من مضمون العقد النهائي و العقد التمهيدي وبالنتيجة تقدير مواطن التوافق و الاختلاف بين العقدين وعلاوة على توثيق عقد البيع وحتى يرتب هذا الأخير أثره العيني لابد أن يسجل و يشهر بالمحافظة العقارية طبقا لأحكام نص المادة 793 من قانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> نادية عارف، المرجع السابق، ص55..

## الفرع الثاني: الالتزام بحسن الانجاز و المطابقة

### اولا: الالتزام بحسن الانجاز

يقصد بمواصلة الانجاز و إنهائه هو تنفيذ أشغال البناء و تشييد كل الأفراد و تركيب عناصر التجهيز في مكان مخصص لها ليصبح البناء صالحا للغرض الذي أنجز من اجله و التزام البائع بمواصلة البناء لا يقتصر على مجرد القيام بمواصلة الانجاز بل لابد من إتمامه و يعتبر العقار تام الانجاز إذا كانت الأعمال قد نفذت عناصر التجهيز الضرورية لاستعمال المبنى في الغرض المعد له و عليه فالبائع ملزم بمواصلة الانجاز و إتمامه دون قيده بأجل محدد متفق عليه المتعاقدان لاسيما و أن تحديده مدة انجاز مرتبط بتحديد التزام التسليم حيث إن اجل إتمام الانجاز تنتهي قبل انتهاء مدة التسليم و تحديد المدة حسب اتفاق الأطراف فقد تكون بالأيام أو الأشهر أو السنوات حسب ما تقتضيه طبيعة الصفة طبقا للبرنامج المسطر لها مع الأخذ بعين الاعتبار حالة التوقف أيام العطل و في كل الأحوال على البائع التقيد بهذه الأجال حتى يتم التسليم في الميعاد المحدد له إلا إذا تعرض إلى عقوبات التأخير أما القانون الفرنسي فقد اعتبرها واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق كأصل عام بحسب اتفاق الأطراف و في حالة عدم وجود أي اتفاق يثبت هذا بواسطة تصريح بإتمام الانجاز بواسطة محضر انتهاء الأشغال النهائية أو بواسطة تصريح بإتمام الانجاز من قبل الطرف الذي طلب منه رخصة البناء كما يمكن التسليم و التسلم<sup>1</sup>.

فعملا بنص المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 الملغى كان عقد البيع على التصاميم يرفق بشهادة ضمان حسن الانتهاء أو ما يعرف بضمان حسن الانجاز أو الضمان السنوي و التي يضمن بموجبها البائع كافة العيوب التي تظهر في البناء خلال سنة كاملة من التحرير محضر الاجتماع

<sup>1</sup>نادية عارف، المرجع السابق، ص 57

المؤقت بانتهاء الأشغال مع تحفظ او ما يعرف بمحضر التسليم المؤقت مع احتياط وهذا ما يستفاد من النص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 03/93<sup>1</sup>. كما نص المشرع على الشراء المذكور أعلاه في المادة 17 من القانون رقم 04/11 السالف الذكر بنصها على \* يتولى المرقى العقاري مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي الداخلة في إطار الدراسات و الأبحاث و التعبئة و التمويل وكذا تنفيذ أشغال انجاز المشروع العقاري فيجب على المرقى العقاري خلال تنفيذه لمشروعه البناء احترام مخططات التهيئة والعمارة المصادق عليها قانون عملا بأحكام المادة 05 من نفس القانون و تجدر الإشارة إلى أن مفهوم إتمام الانجاز يختلف عن مفهوم تمام الانجاز ذلك أن الأول يعني الالتزام بتنفيذ جميع الأشغال المتعلقة بالبناء ووضع كل العناصر التجهيزية أما الثاني فيتعلق بالالتزام بالبائع المرقى العقاري بضمان سير العناصر التجهيزية لفترة محددة فنجد انه على المرقى العقاري إيجاد محل العقد وهو التزام جوهري في العقد وعليه هو الالتزام بتحقيق نتيجة ضمان الإنهاء الكامل للأشغال هو ضمان موضوعي في نظام الالتزام التعاقدية بالتحقيق طبقا للمادة 17 من قانون الترقية العقارية فلا يمكن بذل العناية اللازمة من طرف المرقى العقاري لتحقيق العقد إنما يلتزم بالقيام بكل ما يجعل العقار جاهزا لتأدية الغرض المقصود منه و محققا لكافة المواصفات المتفق عليها في العقد غير أن المشرع الجزائري بأشراطه لصفة المرقى العقاري في البائع يجب أن تتوفر لديه القدرات الكافية وهي من بين الشروط اكتسابه تلك الصفة ناهيك عن القروض التي يمكن أن يلجأ إليها المرقى العقاري والتي تغطي نسبة كبيرة من عملية البناء بالإضافة إلى ذلك ما يؤكد التزام المرقى العقاري بالبناء<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سهام مسكر، المرجع السابق، ص 03.

<sup>2</sup> نادية عارف، المرجع السابق، ص 58.

## ثانيا: التزام بالمطابقة

بالرجوع نص المادة 39 من القانون رقم 04/11 فإنها تنص في حالة عقد بيع على التصاميم لا يمكن حيازة بناية أو جزء من البناية من الطرف المقتني إلا بعد التسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 20/90 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 و القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 و عليه اشترط المشرع استخراج شهادة المطابقة التي تثبت مطابقة البناء للرخصة البناء وقواعد البناء او التعمير بما يسمح باستغلال البناء قبل حيازة البناية و عليه لا يكفي تحرير عقد في شكل رسمي و تسجيله و شهره دون استخراج هذه الشهادة غير انه بموجب التعليمات الوزارية الصادرة عن أملاك الدولة رقم 8498 المؤرخة في 2011/08/24 لا يمكن شهر العقد قبل استخراج هذه الشهادة<sup>1</sup>. فيجب على المرقي العقاري تطبيق المواصفات الهندسية و الكلية المتفق عليها في بناء العقار محل عقد حفظ الحق و كذا احترام المعايير المدرجة منها الأرضية ومدى صلاحيتها للبناء واحترام المواصفات المطلوبة في مواد البناء و القياسات<sup>2</sup>. وقد أشارت لها المادة 75 من القانون رقم 29/90 ونظم أحكامها المرسوم التنفيذي رقم 176/91 وهي أهم وسيلة من وسائل الرقابة البعدية أو كما تسمى شهادة المطابقة التي يمكن الإدارة من مراقبة مدى احترام البناء عند انجازه للرخصة الممنوحة بالبناء حتى يتمكن بواسطتها الترخيص بفتح السكن وقد ألزم المشرع الإدارة ممثلة في لجنة مراقبة المطابقة بالانتقال لمعاينة البناء المحجوز مدى احترامه لحدود الرخصة الممنوحة فلا يكفي التزام المرقي العقاري البائع بمواصلة الانجاز وإتمامه هلال الأجل المتفق عليه بل أن يكون هذا الانجاز مطابقا لقواعد البناء و التعمير و يدخل في هذا مضمون إجراءات طلب شهادة المطابقة وهي

<sup>1</sup> سهام مسكر، المرجع السابق، ص 04

<sup>2</sup> بحماوي شريف، المرجع السابق، ص 68.

أ: حالة إيداع التصريح بانتهاء الأشغال خلال ثلاثين يوماً يشهد على هذا الانتهاء مئة نسختين بمقر المجلس الشعبي البلدي مقابل وإيداع لترسل نسخة منه إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية كما تتحقق من مدى مطابقة الأشغال المنجزة مع رخصة البناء لجنة مراقبة ثم تجتمع هذه اللجنة مع مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير وهذا باستدعاء رئيس المجلس الشعبي البلدي خلال 3 أسابيع لإيداع التصريح بانتهاء الأشغال ليقوم هذا الأخير بإشعار المرقى العقاري بإجراء المراقبة وذلك قبل 8 أيام على الأقل قبل التحرير محضر الجرد والذي يذكر فيه جميع الملاحظات المتعلقة بالمطابقة التي تمت معاينتها وفي حالة عدم إيداع التصريح خلال ثلاثين يوماً ابتداءً من تاريخ انتهاء الأشغال في حالة عدم إيداع التصريح خلال 30 يوماً ابتداءً من تاريخ الانتهاء الأشغال فإن المشرع قد أوكل مهمة عند مخالقات التعمير إلى ما يسمى بشرطة العمران في إطار الرقابة الإدارية وهذا بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/94 المؤرخ في 18/05/1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري إلا أن القانون رقم 06/04 المؤرخ في 14/08/2004 قد ألغى المادة 51 من المرسوم التنفيذي رقم 03/94 والتي تحدد الموظفين المؤهلين للرقابة الإدارية وعملاً بالتعديل الجديد في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 55/06 المؤرخ في 30/01/2006 المحدد لشروط وكيفيات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالقات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة و التعمير و معاينتها وكذا إجراءات المراقبة فإن المكلفين بالرقابة علاوة على الضباط وأعوان الشرطة القضائية هم مفتشو التعمير الذين يمارسون عملهم بإدارة وزارة السكن والعمران والأعوان الذي يمارسون عملهم بمصالح التعمير التابعة للبلدية فهم ملزمون بالتحقيق ميدانياً من مدى مطابقة العقار لرخصة البناء فهي حالة المطابقة تسلم للمعني شهادة مطابقة أما في حالة عدم المطابقة فإنها تقوم باتخاذ نفس إجراءات الحالة الأولى<sup>1</sup>. وفي حالة غياب أي قرار في المطابقة خلال ثلاثة أشهر الموالية لإيداع التصريح بانتهاء البناء يمكن لمرقي العقاري في هذه الحالة

<sup>1</sup> نادية عارف، المرجع السابق، ص 60.

أن يتقدم بطعن رسمي بواسطة رسالة موصى عليها مع وصول الاستلام إلى الوزير المكلف بالتعمير أو الوالي إذا كان هو السلطة المختصة بتسليم هذه الرخصة وفي حالة غياب قرار تفصل في المطابقة خلال ثلاثة أشهر التالية لإيداع التصريح بالانتهاء من البناء من طرف المعني بالأمر يمكن لصاحب الطلب أن يودع طعنا مقابل وصل إيداع لدى الولاية وتكون مدة اجل تسليم الرخصة أو الرفض المبرر خمسة عشر يوما وفي حالة تلقيه إجابة على الطعن الأول خلال المدة المحددة يمكنه تقديم طعنا ثانيا لدى الوزارة المكلفة بالعمران ومن بين هذه المحاضر محضر معاينة الأشغال غير المطابقة لأحكام رخصة البناء المسلمة، محضر الأمر بتحقيق المطابقة لإحكام رخصة البناء المسلمة، محضر الأمر بتحقيق المطابقة محضر تسديد و تحقيق المطابقة وبالتالي التزام المرقى العقاري في عقد حفظ الحق ليس بالتزام بتسليم لأنه يرتب عند إبرام العقد النهائي وإنما التزامه الأساسي هو تخصيص العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق عند انتهائه<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الالتزام بالتسليم

وفي هذا السياق تقضي المادة 167 من القانون المدني الجزائري على انه الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشئ و المحافظة عليه حتى التسليم بالرغم انه في عقد حفظ الحق العقار محل حفظ غير موجود وقت إبرام العقد غير أن المرقى العقاري يكون ملزم باتخاذ من خلال التزامه بإتمام الانجاز ويعد التزاما بنتيجة<sup>2</sup>.

كما تنص المادة 364 من القانون المدني الجزائري \*يلتزم البائع بتسليم الشئ المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع مما يفيد أن الالتزام بتسليم العقار في عقد البيع قبل الانجاز لا بد أن يكون مطابقا للمواصفات المتفق عليها في العقد إلا أن التساؤل يبقى يدور حول الوضع الذي يعتبر معه المرقى

<sup>1</sup>نادية عارف، المرجع السابق، ص61.

<sup>2</sup>بن عامر محمد، المرجع السابق، ص21.

العقاري موفيا بالتزامه بالتسليم أن التسليم يتم بنقل الشئ المبيع لحيازة المشتري وتمكينه من الانتفاع به وهو ما نصت عليه المادة 367 من ق.م.ج. يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد اعلمه بذلك وهنا يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته فقد يعتبر المشتري متسلما للمبيع دون أن تكون له حيازته وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يتسولي عليه استيلاء ماديا فهنا يعتبر المشتري مستوفيا لحقه في التسليم ولكنه لا يعتبر حائز للمبيع و يسمى التسليم الذي لم يعقبه تسلّم بالتسليم القانوني تمييزا له عن التسليم الفعلي الذي يعقبه التسلم و حرضا من المشرع على حماية المقتني المتعامل بموجب عقد البيع قبل الانجاز فانه حق يكون المرقي العقاري موفيا بالتزامه بالتسليم و اشترط وجوب حيازة المقتني للعقار محل البيع حيازة فعلية عملا بنص المادة 34 من القانون 04/11 التي تقضي بوجود أن يتم إثبات هذه الحيازة بموجب محضر وهذا قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البنائة المنجزة من طرف المرقي العقاري بعد تأكد من حصول هذا الأخير على شهادة المطابقة المنصوص عليها قانونيا<sup>1</sup>.

و تنص المادة 435 من ق.م.المصري ويقابلها ويطابقها نص المادة 424 على انه يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد اعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشئ المبيع كما يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع آخر غير الملكية، كما يطابقها و يقابلها نص المادة 367 من ق.م.ج سالفه الذكر وقد يتسلم بمجرد التراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع

<sup>1</sup>بونيف لقمان، التزامات المرقي العقاري في التشريع الجزائري،مذكرة ماستر،قسم الحقوق،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة محمد البشير الابراهيمي،برج بوعرييج،الجزائر،2019 ص84 .

موجود تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع بسبب آخر لا علاقة له بالملكية ويتضح من هذا النص أن التسليم إما أن يكون قانونيا أو فعليا أو تسليميا حكما<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: التزامات صاحب حفظ الحق

يختلف التزام صاحب حفظ الحق باعتباره المرشح لكسب الملك المحفوظ عن باقي الالتزامات العادية في العقود التي ترد على العقار و في نفس الوقت الالتزام الوحيد الذي يقع على صاحب حفظ الحق و المتمثل في إيداع تسبيق نقدي لدى صندوق الضمان<sup>2</sup>. و نجد في مضمون الفقرة 1 من المادة 27 من القانون رقم 04/11 المشار إليه سابقا نلاحظ ان المرقى العقاري يقتصر التزامه في تخصيص البناية المقرر بناؤها او جزء منها لفائدة صاحب حفظ الحق و في مقابل ذلك يلتزم الأخير بإيداعه مبلغ نقدي كتسبيق<sup>3</sup>.

### الفرع الأول: الالتزام بدفع تسبيق أو مبلغ الضمان

يقابل التزام المرقى العقاري بتخصيص العقار المقرر انجازه لصاحب حفظ الحق التزام هذا الأخير بإيداع مبلغ نقدي كضمان لعزمه على اقتناء الملك المحفوظ أو كخطوة لتحقيق العقد النهائي المنشود ويعتبر هذا التسبيق في نفس الوقت سبب قيام المرقى العقاري بتنفيذ التزامه وقد نصت المادة 52 من قانون 04/11 في حالة عقد حفظ الحق لبانية أو جزء من بناية يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقى العقاري وفقا لأحكام المادة 27 المذكورة سالفا لا يتجاوز 20 بالمئة من السعر التقديري للعقار كما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين و عليه تقدر نسبة التسبيق 20 بالمئة من السعر

<sup>2</sup> بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون الجزائري (وفق اخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، الجزء

الأول، دار هومه، 2016، ص 83.

<sup>2</sup> خواثره سامية، المرجع السابق، ص 110.

<sup>3</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 358.

التقديري للعقار و هي نسبة مرتفعة مقارنة بما جاء في القانون الفرنسي بهذا الخصوص فطبقا للمادة 28-261r من قانون البناء والسكن فان نسبة الضمان التي على المحجوز له ان يدفعها تختلف باختلاف المدة اللازمة لإبرام العقد النهائي بحيث يلتزم المحجوز له بإيداع 5 بالمئة من الثمن التقديري للعقار إذا كان لجل إبرام عقد البيع لا يتجاوز سنة واحدة و 2 بالمئة إذا كان هذا الأجل لا يتجاوز سنتين ولا يمكن المطالبة بأي ضمان في حال ما كان هذا الأجل يزيد عن مدة سنتين و ما يلاحظ من هذه الحالات ان المشرع الفرنسي نظم مبلغ الضمان الذي يلتزم المحجوز له بدفعه في العقد التمهيدي بطريقة فعالة بحيث تضمن مصلحة المحجوز له بالدرجة الأولى و قد يرجع الاختلاف القائم بين قيمة الضمان في كل من عقد حفظ الحق و العقد التمهيدي في القانون الفرنسي بالنظر إلى التزامات البائع حيث يكون المرقي العقاري في عقد حفظ الحق قد استوفى كل الشروط اللازمة لتنفيذ مشروعه<sup>1</sup>. فطبقا للمادة 86/07 يصب مبلغ الضمان المودع في حساب خاص باسم طالب حفظ الحق يفتح لدى المؤسسة المالية المخولة و يكون قابل للتنازل أو الحجز أو التصرف فيه كما ينتج فوائد طبقا للتشريع المعمول به طبقا للمادتين 34 و35 من القانون المذكور أعلاه ، أما بالنسبة لتشريع الفرنسي فان إيداع الضمان يكون في حساب خاص مفتوح باسم صاحب حفظ الحق في بنك او مؤسسة مالية متخصصة مؤهلة لهذا الغرض أو لدى موثق الإيداعات التي تخص حجز في بناية او مجموعة عقارية مشتركة يمكن جمعها في حساب وحيد خاص يتضمن عنوان أو خانة لكل حاجز صاحب حفظ الحق وفق لنص المادة 29 r.261 من قانون البناء و السكن ولا يمكن علاوة على ما تقدم صب إيداع الضمان إلا بعد تسليم نسخة من عقد حفظ الحق لصاحب حفظ الحق حسب نص المادة 27.261 من قانون البناء و السكن و تكون الموالم

<sup>1</sup>خوائرة سامية، المرجع السابق، ص111.

المودعة غير قابلة للتصرف أو التنازل عنها أو الحجز عليها إلى غاية إبرام عقد البيع ولا يمكن تحصيل إيداع الضمان من قبل المرقي العقاري الشئ الذي يسمح باستعادته إذا اقتضى الأمر ذلك<sup>1</sup>

غير أن اتفاق الطرفين في عقد حفظ الحق لا يتم على عقد البيع و إنما ينصب على حجز العقار محل العقد من قبل هذا الأخير إلى غاية انتهاء المدة المقررة لانجازه مع التزامه بإبرام عقد البيع لاحقاً مع صاحب حفظ الحق الذي التزم بان يكون مرشحاً لاكتساب ملكية العقار المحجوز من خلال إيداعه لمبلغ التسبيق غير أن المبلغ المقدم من قبل المشتري باسم صاحب حفظ الحق ولا يمكن للمرقي العقاري الاستفادة منه إلا إذا تم إبرام عقد البيع كما أن الثمن التقديري الذي تم على أساسه تقدير قيمة التسبيق لا يكون بالضرورة ثمن البيع النهائي الذي يكون محل تفاوض مرة أخرى بين المرقي العقاري و صاحب حفظ الحق عند إبرام عقد البيع ومبلغ التسبيق لا يمكن اعتباره جزء من الثمن إلا إذا تم إبرام عقد البيع كما أن إيداع مبلغ التسبيق لا يمنح صاحب حفظ الحق حقوقاً على المرقي العقاري لأن عقد حفظ الحق لا يمنح لصاحب حفظ الحق سوى حقوق شخصية في حالة عدم وفاء المرقي العقاري بالتزاماته تجاهه خاصة إذا رفض إبرام عقد البيع أما العربون فإنه يخول لكلا الطرفين في عقد حفظ الحق في العدول عن العقد وقت إبرامه يكون ذلك خلال المدة المتفق عليها فإذا عدل من قدم العربون فقدمه وإذا عدل من قبض العربون فيرده ومعه مثله فإذا انقضت المدة دون أن يظهر أي من المتعاقدين رغبته في العدول يتأكد بذلك العقد و يعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له<sup>2</sup>. و يمكن أن يكون العربون دليلاً على تأكيد العقد و يشترط في هذه الحالة أن يتفق الطرفان على ذلك و قد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً و إذا لم يتم اثبات ذلك كان دفعه دليلاً على أن طرفي العقد إنما أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن التعاقد و نكون بذلك أما قاعدة مكلمة و ليست آمرة و بالتالي يجوز للأفراد أن يتفقوا صراحة أو ضمناً على

<sup>1</sup> بن عامر محمد، المرجع السابق، ص15.

<sup>2</sup> نوال بوبدبة، المرجع السابق، ص73

مخالفتها فقد يتفقان على حكم مخالف لما ذكره المشرع في حالة العدول كان يتفقا على أن يرد المتعاقد الذي قبض العربون مثلا المبلغ الذي قبضه فعلا و ليس ضعفيه كما جاء في النص أو أن دافع العربون في حالة عدوله لا يكتفي منه بفقده العربون الذي دفعه بل يدفع ضعفيه كما قد تبين أيضا من نية المتعاقدين أنهما أرادا من العربون قصد العدول عن العقد لأحدهما و ليس لكليهما كما أن العربون مبلغ جزافي يتم الاتفاق على قيمته بين طرفي العقد و تختلف الأحكام التسبيق المالي المقرر دفعه في عقد حفظ الحق عن الأحكام السابق عرضها بشأن العربون فقيمه محددة بموجب نص قانوني فلا يمكن الاتفاق على مبلغ مخالف لتلك النسبة ولا يتم تسليم التسبيق للمرقي العقاري مباشرة حيث إيداعه لدى جهة صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة إذ يحظر عليه القانون تسلم أي مبلغ مالي من صاحب حفظ الحق قبل ابرام عقد البيع ومن جهة المرقي العقاري فانه لا يكون مطالبا في حالة عدوله عن العقد برد مبلغ التسبيق ولا دفع مقله معه لكونه لم يستلم تلك المبالغ أصلا من صاحب حفظ الحق الذي لا يبقى أمامه سوى العودة على المرقي العقاري لمطالبته بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية بالنسبة لصاحب حفظ الحق فان يترتب على عدوله فقده نسبة 15 % من مبلغ التسبيق في حالة طلبه فسخ العقد أو إخلاله بالتزاماته تجاه المرقي العقاري و ليس خسارة كامل مبلغ التسبيق مقلما هو الحال في أحكام العربون<sup>1</sup>.

و خلاصة القول لا يضمن صندوق الضمان تمام الانجاز في إطار عقد حفظ الحق و يبقى دوره في هذا الإطار يتمثل في حجز مبلغ الضمان الذي يدفعه صاحب حفظ الحق كتسبيق بالمقابل يحجز المرقي العقاري البنائة المقرر إنشاؤها و كل ذلك تحضيرا للعقد النهائي و حماية لصاحب حفظ الحق الذي لا يقدم على الشراء إلا عند التحقق من أن المرقي العقاري قام بكل التزاماته من جهة و في حالة الإخلال بها يسترجع مبلغ الضمان وعليه يمكن اعتبار أن إيداع مبلغ الضمان في صندوق الضمان

<sup>1</sup>المرجع نفسه،ص74

يعتبر كوسيلة ائتمان لصاحب حفظ الحق و فيه يرتبط المرقى العقارى بالتزاماته إلى غاية إبرام العقد النهائي وفي حالة الإخلال بها يستخرج صاحب حفظ الحق مبلغ الضمان<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التزام صاحب حفظ الحق بالتسلم العقارى

اختيار صاحب حفظ الحق إبرام عقد البيع يرتب على عاتقه الالتزام بترتيب آثار العقد ويتجلى ذلك من خلال الالتزام بتسليم جزء من المتبقي من الثمن التقديرى و كذا الالتزام بتسلم العقار محل عقد البيع<sup>2</sup>.

#### أولاً: الالتزام بتسليم جزء المتبقي من ثمن العقار

يعتبر هذا الالتزام من مستلزمات عقد البيع بين المرقى العقارى و صاحب حفظ الحق باعتبار محل التزامه في عقد البيع هو تسديد المبلغ المتبقي من الثمن المقدر المتفق عليه و المحدد في عقد حفظ الحق او المبلغ المتبقي من الثمن المتفق عليه في عقد البيع كون الثمن قابل للمراجعة ويكون محل تفاوض بين المرقى العقارى و صاحب حفظ الحق وقت إبرام عقد البيع وإذا اخل صاحب حفظ الحق بصفته المشتري بالتزامه المذكور يسقط التزام المرقى العقارى بإبرام عقد البيع و بالتالى يعدم انتقال الملكية لصاحب حفظ الحق و يتيح له الاستعادة من نسبة اقتطاع على مبلغ التسبيق المودع لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في حال اختيار صاحب حفظ الحق العدول عن إبرام عقد البيع بسبب مراجعة الثمن الذي يمكن ان يكون من بين الأسباب التي تتيح للمرقى العقارى أن يتحلل من التزاماته تجاه صاحب حفظ الحق اذا ما اخل هذا الأخير بالتزاماته لاسيما تسديد المبلغ الكلى لثمن العقار محل عقد

<sup>1</sup> خواترة سامية، المرجع السابق، ص114.

<sup>2</sup> نوال بودبزة، المرجع السابق، ص78.

البيع<sup>1</sup>. و كنتيجة لتنفيذ صاحب حفظ الحق التزامه بالشراء يلتزم بدفع الجزء المتبقي من ثمن العقار المحجوز حتى يتم إبرام عقد البيع وإتمام إجراءات نقل الملكية و يتم تسليم الجزء المتبقي من ثمن العقار المحجوز من قبل المحجوز له صاحب حفظ الحق عند الموثق وفي حالة ما إذا كان محل عقد حفظ الحق محلا للسكن يعفى المرقى العقارى البائع من إيداع نصف ثمن البيع المحدد في عقد البيع النهائي عند الموثق و يتم إيداعه في الحساب المخصص للزيائن المفتوح لدى الخزينة العامة شريطة أن يثبت المرقى العقارى وفاءه بالتزاماته الجبائية المترتبة على نشاطه التجارى المتمثل في الترقية العقارية من خلال تقديمه جدول الضرائب المصفى الذى يمر على تاريخه شهر الموثق يوم إبرام عقد البيع وبذلك لا يستفيد المرقى العقارى من هذا الإجراء إذا ما ارتبط عقد بيع بمحل للاستعمال التجارى أو الخدماتى أو المهني تجدر الإشارة إلى انه متى لم يكن المرقى العقارى قد أوفى بالتزاماته الجبائية تجاه مصالح الضرائب فيتعين عليه دفع نصف ثمن البيع عند الموثق وقت إبرامه لعقد البيع و الذى يمثل ضامانا لمصالح الضرائب من اجل استيفاء حقوقها إذ يتعين على الموثق الالتزام بالآجال القانونية المطلوبة<sup>2</sup>.

### ثانيا: الالتزام بالتسلم العقارى

تبين لنا فيما سبق أن المرقى العقارى حتى ينفذ التزامه بتسليم البناية يجب أن يضعها تحت تصرف صاحب حفظ الحق و الانتفاع بها دون عائق و على هذا النحو المشرع كما ألزم المرقى العقارى بتسليم البناية ألزم كذلك صاحب حفظ الحق بتسليمها و للإحاطة بهذا الالتزام لابد من تحديد مفهومه ثم زمان و مكان التسلم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص78.

<sup>2</sup> نوال بودبزة، المرجع السابق، ص79.

<sup>3</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص376.

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للتسلم لا في القانون المدني ولا حتى في القانون رقم 04/11 المشار إليه سابقا و المراسيم التطبيقية له غير أن تسلّم البناية محل حفظ الحق لا يختلف عن ما هو متعارف عليه في الشريعة العامة في القانون المدني حيث يتحقق بالاستيلاء الفعلي للبناية و حيازتها حيازة تمكن صاحب حفظ الحق من القيام بجميع الأعمال القانونية و المادية و من خلال ما سبق نلاحظ التزام صاحب حفظ الحق بتسلم العقار لا يتمشى مع طبيعة هذا العقد بما انه عقد تمهيدي لبيع عقار في طور الانجاز كما انه عقد لا ينقل ملكية العقار فهو تترتب عليه التزامات شخصية فقط بما أن المشرع الجزائري منح له الحق في الرجوع عن إبرام العقد في أي مرحلة تكون فيها عملية انجاز المشروع العقاري و على هذا التزام صاحب حفظ الحق بتسلم البناية المحفوظة يتحقق عند تنفيذ البيع النهائي ورضاه بالبناية وعدم إبداء تحفظات بشأنها والتزام صاحب حفظ الحق بالتسلم لا يختلف عن عقد البيع العادي من حيث الاستيلاء و الحيازة و التمكّن من المبيع غير انه يختلف عنه في توافر بعض الشروط الخاصة بهذا العقد حيث لا بد من توافر شرط موضوعي يتمثل في إتمام المرقى العقاري للبناء و مطابقته للمواصفات المتفق عليها و شرط شكلي بضرورة إثبات عملية التسلم في محضر يحرر حضوريا أمام الموثق الذي حرر عقد حفظ الحق و التوقيع المشترك عليه وهذا المحضر بمثابة وثيقة اثبات حيازة صاحب حفظ الحق<sup>1</sup>.

يعتبر التسلم العقاري عملا قانونيا لان حيازة العقار المشيد ما هو إلا إقرار للأعمال التي قام بها المرقى العقاري و الموافقة عليها وبالتالي تنطبق عليها جميع أحكام العمل القانوني كإثباته وإجراءاته وشروط القيام به إلى غير ذلك من الأحكام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 377.

<sup>2</sup> خواتمة سامية، المرجع السابق، ص 106.

يعد هذا الالتزام من مقتضيات عقد البيع طالما أن المرقى العقارى ملزم بتسليم العقار المحجوز لصاحبه بعد إبرام العقد النهائي فإنه يقع على هذا الأخير التزاما بتسلم العقار المحجوز له وذلك بوضع يده فعلا على العقار المحجوز و حيازته حيازة فعلية الأمر الذي يتحقق بقيام المرقى العقارى بوضع العقار المحجوز تحت تصرف المشتري أو صاحب حفظ الحق ويكون على هذا الأخير تسلمه دون تأخير فإذا ما اخل بالتزاماته هذا ،يمكن للمرقى العقارى أن يعين حارسا يتولى حراسة العقار لحساب المشتري وعلى نفقته و ذلك طبقا للأحكام العامة المقررة في عقد البيع<sup>1</sup>.

### ثالثا: مكان و زمان تسلّم العقار

لم يحدد قانون الترقية العقارية رقم 04/11 والمرسوم التنفيذي رقم 431/13 المشار إليه سابقا الزمان و المكان الذي يتم فيه تسلّم تاركا ذلك لاتفاق الأطراف المتعددة طبقا للمادة 394 من ق.م.ج التي تنص على أن \* إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخيره باستثناء الوقت التي تتطلبه عملية التسليم\*، ويتضح لنا من هذا النص أن اجل التسلم قد تتفق مع اجل التسليم المحددة في العقد ويحق للمتعاقدين تأخير عملية التسلم فإذا امتنع صاحب حفظ الحق عن تسلّم البناءة محل حفظ الحق بدون عذر مشروع على من الرغم من إنذاره رسميا يعتبر متسلما للبناءة ما لم يثبت أن عدم التسلم كان راجعا لعدم مطابقة البناءة للمواصفات المتفق عليها في العقد أو لعيوب ظاهرة التي يلتزم المرقى العقارى بإصلاحها وفيما يتعلق بمكان التسلم فيتحقق في مكان وجود العقار<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نوال بودبزة ،المرجع السابق،ص81.

<sup>2</sup> لخضاري محمد ، المرجع السابق،ص378.

## الفرع الثالث: التزام بدفع الثمن وجزاء الإخلال بالالتزام المترتبة على عقد حفظ الحق

### أولا: التزام بدفع الثمن

سبق القول أن عقد حفظ الحق رغم انه منصب على عقار غير انه غير ناقل للملكية العقار المحفوظ ويرتب بذلك التزامات شخصية بين أطرافه فيلتزم بموجبه صاحب حفظ الحق بشراء البناية او جزء من البناية فتم تنظيمه بموجب القانون بصفة أمره فيمتنع على المكتب إضافة التزامات على عاتق صاحب حفظ الحق المشمول بالحماية و يرى مالوود فيليب و فريقه للبحث أن الالتزام صاحب حفظ الحق بالحفظ بالثمن وهو اختياري فيمكن له الشراء و له أيضا حق في العدول على تنفيذ التزام الشراء و يفقد بذلك مبلغ الضمان ويرى خرياجي محمد أن إيداع صاحب حفظ الحق لمبلغ الضمان لا يرتب التزام بالشراء ولكن يمثل بنسبة أكثر طريقة للضغط على إرادته و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بموجب قانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية بموجب نص المادة 37 على انه \* اذا تخلى المرشح للملكية خلال انجاز المشروع فان المكتب يتقيد اقتطاعا نسبته 25 بالمائة من مبلغ الضمان المودع أيضا نصت المادة 32 من القانون 04/11 يمكن فسخ عقد حفظ الحق في اي وقت من خلال انجاز المشروع العقاري \* بطلب من صاحب حفظ الحق وفي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع بنسبة 15 بالمائة من مبلغ التسبيق المدفوع فيعتبر مبلغ الضمان وسيلة للضغط على صاحب حفظ الحق للشراء وهو كنتيجة لالتزامه بالشراء و إخلاله لهذا الالتزام يترتب عنه فقد هذا المبلغ إضافة إلى التعويضات المحتملة طبقا للقواعد العامة<sup>1</sup>.

أما بخصوص موقف المشرع الفرنسي من الالتزام بالشراء فانه يتيح لصاحب حفظ الحق غير المهني لبنانية او جزء من بناية ذات استعمال سكني الحق في العدول في اجل أقصاه سبعة أيام بيتدئ

<sup>1</sup> خرشة نريمان، المرجع السابق، ص41.

احتسابها من اليوم الموالي لأول تقديم لرسالة تبليغ العقد ولضمان حرية العدول خلال هذه الفترة فان نص المادة 2-271.L من قانون البناء والسكن حظر مبدئيا كل دفع لتسبيق خلال هذه المهلة فإيداع الضمان المؤدى تنفيذا للعقد التمهيدي لحفظ الحق يبقى في مصاف الاستثناء هذا التسبيق المودع في حساب خاص مفتوح باسم صاحب حفظ الحق غير قابل للتصرف أو التنازل عنه أو الحجز عليه يعاد له دون صعوبة إذا قرر خيار العدول هذا ولا يوجد مانع من صب إيداع الضمان بمجرد أبرام العقد التمهيدي حتى ولو لم يقتضي اجل العدول<sup>1</sup>.

لكن بما أن تنفيذ الالتزام بدفع التسبيق النقدي من طرف صاحب حفظ الحق يعتبر ضروريا لإبرام عقد حفظ الحق كما سبق و اشرنا إليه فلم يبقى سوى الالتزام بالشراء العقاري بعد الاستلام المؤقت للمشروع يكون ملزما بإبرام عقد البيع النهائي طبقا لنص المادة 33 من قانون 04/11 ومن اجل ذلك يقوم بتوجيه أعدار لصاحب حفظ الحق من اجل تنفيذ التزامه بالشراء وفي حالة إخلاله بهذا الالتزام يمكن للمرقي العقاري طلب فسخ العقد كما يمكن لصاحب حفظ الحق أن يطلب فسخ العقد وفي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشر بالمائة 15 بالمائة من مبلغ التسبيق المدفوع طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 32 أعلاه وبما ان المشرع لم يشترط ان يكون طلب فسخ العقد بسبب إخلال المرقي العقاري بالتزاماته نستنتج أن الهدف من طلب الفسخ من طرف صاحب حفظ الحق في هذه الحالة هو التحلل من التزامه بالشراء<sup>2</sup>.

### ثانيا: جزاء الإخلال بالالتزامات المترتبة على عقد حفظ الحق

يتعين على صاحب حفظ الحق تسلم العقار المحفوظ في الأجال المحددة في العقد وإذا تماطل في تنفيذ هذا الالتزام اعتبر مخلا ما لم يوجد مبرر مشروع لهذا الامتناع وفي الحالة للمرقي العقاري طلب

<sup>1</sup> بن عامر محمد، المرجع السابق، ص16.

<sup>2</sup> تواتي سهيلة، المرجع السابق، ص1233.

فسخ العقد والتعويض عما لحقه من ضرر استنادا إلى نص المادة من ق.م.ج والجدير بالذكر أن صاحب حفظ الحق يتحمل نفقات هلاك البناية أو جزء منها إذا قام المرقي العقاري باعذاره بتسلم البناية وتماطل صاحب حفظ الحق في تسلمها حسب ما نصت عليه المادة 270 من ق.م.ج على أن \*إذا تم اعذار الدائن فإنه يتحمل تبعة هلاك الشئ او تلفه و يصبح للمدين الحق في إيداع الشئ على نفقة الدائن ويحق للمدين الحق في إيداع الشئ على نفقات الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر\*<sup>1</sup>.

#### ا:طلب فسخ العقد

منح المشرع لصاحب حفظ الحق حق فسخ عقد حفظ الحق بطلب منه خاصة إذا رأى هذا الأخير بعد إبرامه للعقد أن العقار المنجز لا ينسجم مع رغباته الشخصية أو قدراته المادية أو من حيث الشكل النهائي للمشروع أو لأي سبب كان خاصة وأنه سيقدم ثمنا أو مقابلا جراء طلبه فسخ العقد ، وتحل من الالتزامات الملقاة على عاتقه لاسيما تلك المتعلقة بعقد البيع حيث أعطى المشرع للمرقي العقاري الحق في استيفاء مبلغ الاقتطاع من التسبيق المالي المودع لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة،والذي يمثل ثمن شراء صاحب حفظ الحق لحق الأفضلية بمناسبة عقد حفظ الحق<sup>2</sup>.

يعد الفسخ من اخطر الجزاءات التي يمكن ان توقع على المرقي العقاري حيث أن القاضي لا يحكم به مجرد طلبه وإنما له سلطة تقديرية في ذلك ويشترط لقيام فسخ العقد حسب نص المادة 32 من القانون

رقم 04/11السالف الذكر إلى:

<sup>1</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق،ص378.

<sup>2</sup> نوال بودبزة، المرجع السابق،ص82

**1: الفسخ ألتفاقي:**

هو أن يتفق طرفي العقد على اعتبار هذا الأخير مفسوخا إذا ما اخل احدهما بالالتزامات الملقاة على عاتقه دون اللجوء للقضاء وهذا ما جاء في نص المادة 120 من القانون المدني الجزائري بنصها على انه يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و دون حاجة إلى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعني من الأعدار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين<sup>1</sup>.

**2: الفسخ القضائي:**

هذه الحالة تكون عندما لا يضمن المتعاقدان العقد شرطا فاسخا هنا يتم اللجوء للقضاء يكون للقاضي السلطة التقديرية كما يجوز لطالب الفسخ العدول عن طلبه و المطالبة بالتنفيذ العيني باعتباره الأصل<sup>2</sup>.

**ب: التعويض**

ينقسم التعويض إلى نوعين إما أن يكون عينيا أو يكون نقديا:

**1: التعويض العيني**

إن التعويض العيني هو مطالبة المرقى العقاري بتنفيذ ما اخل به من التزام ويشترط لفرضة على المرقى العقاري أن يكون ممكنا و يختلف التنفيذ العيني حسب الالتزام الملقى على عاتق المرقى العقاري، إذا اخل المرقى العقاري بالالتزامات فينقل الملكية للمفتش جاز لهذا الأخير أن يتصدر حكما بثبوت التعاقد في يوم مقام العقد يمكن إشهار هذا الحكم لدى المحافظة العقارية المختصة بشرط إفراغه

<sup>1</sup> نادية عارف، المرجع السابق، ص69.

<sup>2</sup> حرشة نريمان، المرجع السابق، ص49.

في قالب رسمي وتسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع بعد إشهاره تنتقل بذلك ملكية العقار إلى المقتني، وإذا اخل المرقى العقارى بالتزامه في الانجاز فان التنفيذ العيني يكون باستصدار حكم يقضى بإجبار المرقى العقارى باستكمال البناء بالنسبة لضمان عدم تعرض الغير يكون التنفيذ عينيا عن طريق تدخل المرقى العقارى و هو البائع إلى جانب المقتني، أما بالنسبة لضمان العيوب بكل أنواعها سواء ضمان العيوب الخفية أو ضمان العشري أو ضمان حسن سير عناصر التجهيز فان التنفيذ العيني يكون بإصلاح تلك العيوب في الآجال المحددة<sup>1</sup>.

## 2: التعويض النقدي

إن المسؤولية المدنية ترمي أساسا لجبر الضرر الذي يلحق المضرور من فعل الغير وهذا بتحميل المسئول نتائج سلوكه أي تعويض المضرور تعويضا عادلا نص عليه المشرع في المادة 176 من ق.م.ج فالتعويض النقدي يبقى الوسيلة الوحيدة التي يقض بها القاضى إذا استحال تنفيذ العيني، ويقدر التعويض طبقا للمادة 131 من ق.م.ج المعدل و المتمم على قدر الضرر الذي لحق بالمضرور بمعنى القدر الكافي لإعادة البناء للحالة الواجب أن يكون ليها دون الاعتداء و بالرغبات الشخصية للمقتني من تعديلات وتحسينات، مثال التعويض طبقا للقواعد العامة الخسارة التي تلحق بالمضرور مثال ذلك الأضرار التي تلحقه سواء في شخصه أو ماله و كذا الكسب الذي فاته أي ضياع المنفعة التي تعود من ذلك العقار، ويقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر و المتوقع ما لم يكن غش من قبل المرقى العقارى ويندرج ضمن التعويض المصروفات التي أنفقا المقتني لحفظ البيع و صيانتها كترميم حائط العقار المبيع بحيث لو امتنع عن ذلك تهدم هذا الحائط و هذا يعود على البائع بالنفع، كما يجوز المطالبة بالتعويض لوحده في حال استحالة تنفيذ العيني كمقابل لعدم الوفاء كما يجوز المطالبة به إلى

<sup>1</sup> خرشة نريمان، المرجع السابق، ص46

جانب التنفيذ العيني كما قد يقترب بالفسخ إذا كان هذا الأخير غير كاف بالنسبة للمقنتي وللمحكمة  
السلطة التقديرية في الحكم به<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص47.

## ملخص الفصل الثاني:

يعتبر عقد حفظ الحق تقنية من تقنيات الترقية العقارية وهو عقد حديث النشأة في القانون الجزائري تبناه المشرع الجزائري في نطاق أزمة السكن التي تعرفها الجزائر والأهمية العملية لعقد حفظ الحق في كونه يرد على عقار غير موجود مقرر بناؤه أو في طور البناء وينطوي على عديد المزايا و الايجابيات للمرقي العقاري و صاحب حفظ الحق، و عقد حفظ الحق عقد تبادلي بين الطرفين (المرقي العقاري،صاحب حفظ الحق) فهو يرتب التزامات على كل من المرقي العقاري بتخصيص العقار لصاحب حفظ الحق ،كما انه عقد غير ناقل للملكية ويتم في شكل مكتوب وفقا لنموذج حدده قانون 11-04المحدد لنموذج عقد حفظ الحق وعقد بيع على التصاميم .

خاتمة

مما سبق يتضح لنا أن العقود التمهيديّة لها أهمية بالغة باعتبارها مرحلة سابقة للتعاقد النهائي حيث أن معظم المعاملات المالية المعاصرة تقتضي ضرورة مرور المتعاقدان بمراحل إعدادية قد تكون طويلة أو قصيرة حسب الأحوال و طبيعة العلاقة التعاقدية لإبرام العقد النهائي الذي تسبقه مرحلة الاتفاقات التمهيديّة، ثم إن العقود تكمن كدور بارز لمرحلة سابقة للعقد النهائي وذلك بغرض تأمين الصفقة أو ضمان سلامتها من الناحية القانونية و الواقعية و لكي يتم التعاقد في صورته النهائية لابد من تعبير كل من المتعاقدين عن إرادته في إتمام التعاقد و نقصد بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث اثر قانوني معين فيصدر إيجاب يليق بقبول مطابق له.

ولكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي و مرحلة تمهيدية وقد تؤدي على وجه محقق او غير محقق إلى المرحلة النهائية وهي المرحلة التي يمكن الحديث فيها عن العقود التمهيديّة وعلى الرغم من اعتبار العقود التمهيديّة أعمال تحضيرية إلا إنها أعمال هامة ولأنها يمكن لها أن تنقيد فيها إرادة الأطراف وقد يرجع إليها في المستقبل بوصفها وسيلة لتفسير العقد، بحيث تعتبر فترة العقود التمهيديّة أولى مراحل من المرحلة السابقة للتعاقد للتعاقد فهي تلعب دورا فعّالا في إبرام العقود بشكل عام وفي العقود الدولية بشكل خاص نظرا لما تكتسبه هذه المرحلة من أهمية لأنه يتم فيها تحديد حقوق و التزامات الطرفين التي ستنشأ في العقود ونطاق المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات.

ويكتسي موضوع الدراسة أهمية علمية وعملية تتمثل في كون العقود التمهيديّة لها دور في حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وفي توفير الجهد و المال للأطراف من خلال تمكينهم من إبرام العقود أولية قبل إبرام العقد النهائي الملزمة قواعده.

كما استحدثت المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني 2016، بعض الآليات الجديدة من اجل توفير الحماية للمتعاقد وحماية من تعسف المتعاقد الآخر والتي لم ينظم البعض منها المشرع الجزائري

،منها الدعاوى الاستفهامية كاتفاقات التفضيل في منح السلطات للوكيل إمكانية ممارسة دعوى البطلان بإرادة المتعاقدة معه و أصبح من خلال هذا التعديل الذي تبناه المشرع الفرنسي المحل و السبب مضمون جديد من خلال إلزامية ألا يخالف العقد لبعض المبادئ النظام العام وإتباع النظام المفروض من الدولة وأن يكون العقد في حد ذاته مطابقا لغرضه الاقتصادي ورغم ما يشهده العقد من تطور و ازدهار إلا انه يبقى دائما ضرورة إعادة النظر في النظرية العامة للعقد و باعتباره لا يخلو عمل من العيب و النقصان في ظل التكنولوجيا والعصرنة،و بالاستمرارية في الاصطلاحات التي تترى حياة العقد من خلال الإبقاء على الأحكام المنظمة للعقد في القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني مع الحاجة الى تعديل بعض أحكامها من خلال إدراج بعض المفاهيم الجديدة بإعادة مراجعة و تنظيم كل من المرحلة السابقة للعقد و مرحلة إبرام العقد و مرحلة تنفيذه ،ويمر عادة إبرام عقد النهائي بعقود ممهدة أبرزها الوعد بالتعاقد يمكن إبرامه سواء كان ملزما لأحد الطرفين أو الاثنين معا فيكون بمثابة اتفاق وهو صحيح و ملزم لأحد الطرفين أو كليهما ،إذا ما استجمعت الشروط اللازمة لصحته خاصة تعيين محل الوعد و الثمن و المدة،التي يكون الوعد ملزما خلالها و الشكل الذي تطلبه العقد النهائي ويهدف الوعد بالتعاقد إلى التحضير لإبرام العقد النهائي من خلال إعطاء الطرفين فرصة للتفكير و اختيار انطب العروض المتاحة دون الالتزام بصفة نهائية .

أما العقد الثاني المتمثل في الوعد بالتفضيل و الذي هو اتفاق الذي يتعهد بمقتضاه الواعد أن يمنح الأفضلية للمستفيد من الوعد ،ويبقى الواعد ملتزما بعدم التعاقد في الشيء محل الوعد بالتفضيل مع شخص من الغير خلال المدة المحددة وبإنقضائها دون اتخاذ هذا القرار ينقضي التزامه بإضافة إلى أن عقد الإطار يظل إحدى الآليات العقدية الفعالة التي يمكن أن تترجم توجهات النظام الاقتصادي المفضي إلى إعادة تشكيل العلاقات الاقتصادية فيما بين المؤسسات والمشروعات على اختلاف مستوياتها وطبيعتها نشاطاتها وصولا إلى تكاملها مع بعضها البعض متعبة في ذلك نمطا تنظيميا وإداريا يتناسب مع

إستراتيجيتها الكلية الهادفة إلى النجاح وتحقيق الربح، أما العقد الابتدائي وإن كان هذا العقد غير مسمى فهو يشكل ضماناً للبائع و للمشتري على حد سواء في عقود البيع المباني التي هي في قيد الانجاز من خلال تطبيق القواعد العامة للعقد.

كما تطرقنا أيضا لعقد حفظ الحق والذي يعد من التقنيات القانونية في مجال الترقية العقارية حيث أدرج المشرع الجزائري النصوص المنظمة لها في القانون 04-11 وهو عقد خاص نظمته المشرع الجزائري لاحتواء إشكالات التمويل في المشاريع العقارية، تم إن المشرع لما قام بصياغة عقد حفظ الحق نظر إلى مصلحة المرقى العقاري ولو أن هذا الأخير لا يستطيع استخدام الأموال صاحب حفظ الحق التي قام بإيداعها لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة فهي أموال مجددة ولا تتيح للمرقى العقاري استخدامها في التمويل، لكن بهذه الوسيلة يستطيع المرقى العقاري الحصول على قروض عقارية لتمويل مشروعه العقاري الأمر الذي لا يستطيع القيام به في عقد بيع على التصاميم .

ومن ثم يمكن القول أن العقود التمهيديّة لها أهمية كبيرة لان فيها يتعاون الأطراف لتوضيح وجهات النظر المختلفة و تقريبها و ذلك من خلال تبادل العروض والاقتراحات من اجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي كما أنها تقوم على مبادئ أساسية تتمثل في مبدأ الحرية التعاقدية مبدأ حسن النية.

ومن خلال هذه الدراسة تم التوصل إلى نتائج التالية يمكن حصرها فيما يلي:

- مبدأ حسن النية هو التزام أساسي في تكوين العقد بحيث تنفرع عليه التزامات لابد على الأطراف احترامها للوصول إلى هدفهم.

- يهدف الوعد بالتعاقد إلى التحضير لإبرام العقد النهائي من خلال إعطاء الطرفين فرصة للتفكير و اختيار انسب العروض المتاحة دون الالتزام بصفة نهائية إذ من الممكن ظهور عرض آخر بشروط أفضل.

- إذا قرر الواعد إبرام العقد محل التفضيل فإنه يتعين عليه ان يعرض إبرامه أولاً على المستفيد من الحق في الأفضلية فإذا رفض هذا الأخير عرضه، استرد الواعد حريته في التعاقد مع الغير .
  - ان عقود التطبيق والتنفيذ اللاحقة لعقد الإطار مستقلة عنه باستثناء شرط عدم مخالفتها لقواعد منظمة لها في عقد الإطار وهذا ما يميزه عن الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل، كما انه لا ينحصر بنوع واحد أو أنواع معينة من العقود إنما ميدانه أي عقد ينظم عقود التطبيق والتنفيذ لاحقة عليه وتكون مستقلة عن العقد الرئيسي ومقيدة بما ورد فيه من الشروط وقواعد أساسية منظمة لها.
  - العقد الابتدائي لا يمكن اعتباره عقد وعد بالبيع لأنه عقد لاحق على الوعد بالبيع وهو عقد نهائي يتوافر به كافة الشروط وأركان العقد الصحيح النهائي ويرتب آثاره بين المتعاقدين باستثناء نقل الملكية.
  - إن عقد حفظ الحق يعمل على التقليل ومساهمة في حد من الأزرمة السكن .
  - يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع التسبيق نقدي لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في حساب خاص باسمه ولا يعتبر هذا المبلغ جزء من ثمن العقار ولا يستفيد منه المرقي العقاري ولا يتصرف به إلا بعد إبرام عقد بيع النهائي .
  - التزام صاحب حفظ الحق بالشراء هو أمر اختياري يمكنه العدول عنه مقابل اقتطاع نسبة 15 بالمئة من مبلغ التسبيق يستفيد منه المرقي العقاري .
- وفي الأخير وفي ضوء هذه النتائج يمكننا أن نقدم بعض التوصيات يمكن إجمالها فيما يلي:
- ندعو المشرع الجزائري بإعادة النظر في أحكام المنظمة لموضوع الوعد بالتعاقد من خلال اخذ بعين الاعتبار خصوصية العقود وعدم اكتفاء بذكر الحكم عام بخصوصه وقصره فقط على عقد البيع.

- شهر عقد الوعد بالتمويل أفضل حماية يمكن توفيرها للمستفيد مادام انه يحول دون انتقال ملكية العقار إلى الغير ويجب أن تستجيب أيضا أحكام مستحدثة لتوقعات الغير للعقد موعود به وذلك من خلال استحداث آليات دعاوى الاستهامة التي كرسها المشرع الفرنسي في قانون العقود.
- يجب عدم الاكتفاء باختصار متطلب حسن النية على مرحلة التنفيذ فقط بل يجب أن تقتصر أيضا إلى مرحلة ما قبل التعاقدية و مرحلة الإبرام .
- يجب على المشرع الجزائري توفير حماية أكثر لصاحب حفظ الحق خلال مرحلة انجاز البناية وذلك من خلال تحديد دور صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في عقد حفظ الحق .
- إعطاء صاحب حفظ الحق في استرداد مبلغ التسبيق في حالة فسخ العقد لأسباب مشروعة كان يتعذر عليه دفع المبلغ بالكامل بسبب مراجعة السعر خلافا لما ورد في العقد.
- تشجيع استخدام نمط عقد حفظ الحق في نشاط الترقية العقارية ،حيث يستفيد الأول من دفع تسبيق واحد لا يتعدى 20 بالمئة على مستوى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ،كما يستفيد المرقي العقاري من تمويل الخارجي وذلك عن طريق اللجوء إلى الاعتراض من البنوك و المؤسسات المالية بترخيص من المشرع عكس البيع على التصاميم ،حيث نجد أن المشرع من خلال القانون رقم 04/11 يجيز للمرقي العقاري إلى الاقتراض.

قائمة المصادر و

المراجع

## اولا: المصادر

## 1التشريعات:

-القانون رقم 86 / 07 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقاري الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 10 السنة الثالثة والعشرون 1986

## 2النصوص التنظيمية:

- المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المؤرخ في 2013/12/18 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد بيع على التصاميم للاملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير و آجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2013/12/25، العدد 66.

-المحكمة العليا، القرار رقم ،516800 المؤرخ في ،08/04/2009 الصادر عف الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2009 ص243.

- راجع قرارات المحكمة العليا الجزائرية ،الغرفة المدنية، ،23/05/2001 ملف رقم 247607،مرجع سابق، بتاريخ 24/05/2000 ملف رقم 223852 مرجع سابق 22/12/1993 ملف رقم 106776 مرجع سابق، بتاريخ، 26/03/1990، ملف رقم،56500 مرجع سابق.

-المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري قانون 04/11 المتعلق بالقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج ر العدد 14 المؤرخة في 06/03/2011 المؤرخ في 17/02/2011.

- المحكمة العليا الجزائرية الغرفة المدنية بتاريخ 26/03/1990 ملف رقم 256626 بتاريخ 26/04/2000 ملف رقم 198458 ا ق الغرفة العقارية ج 1 2004 ص 247 بتاريخ 26/04/2000 ملف رقم 193704 بتاريخ 25/03/1998 ملف رقم 179136 ا ق الغرفة العقارية ج 1 ص 220 تعليق بوتارن فايضة ص 225.

## ثانيا: المراجع

**1 الكتب و المؤلفات:****الكتب الخاصة:**

-بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية1،  
الساحة المركزية ،بن عكنون ، الجزائر العاصمة،ص 153

-زهية سي يوسف ،عقد البيع الطبعة الثالثة ،دار الافل، تيزي وزو، الجزائر ، سنة 2005 ،ص152<sup>1</sup>

-علي فيلالي، في العقود الخاصة البيع ،طبعة بالمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية،وحدة الرغاية الجزائر،2018، ص 91

**الكتب العامة:**

-عبد المجيد الحكيم ،عبد الباقي البكري ،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني،الجزء الأول في المصادر  
الالتزام،حقوق الطبع محفوظة لدى وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ،العراق،1980 .

-علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، الجزائر،  
جوان ،2015 .

-محمد حسن قاسم،القانون المدني الالتزامات المصادر العقد ،مج 1، طبعة الثانية،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،  
2018.

-بلحاج العربي،مصادر الالتزام في القانون الجزائري(وفق اخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا) ،الجزء  
الأول، دار هومه،2016 .

**2 المنكرات و الرسائل العلمية:**

-معمري صونية ،عراب نورة،تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ،شهادة ماستر ،قانون خاص ،كلية الحقوق  
والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة ،بجاية ،الجزائر ،2017.

- فرجالي أسماء،أثار العقد من حيث الموضوع ،شهادة ماستر ،قانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أكلي  
مهند اولحاج،البويرة ،الجزائر ،2013 .

- براهيمي فايذة التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

الجزائر 2009.

- احمد عبد الله احمد، جزاء الإخلال الوعد بالتعاقد في ضوء تعديل القانون الفرنسي، مذكرة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، 2021 .

- لطروش هشام، عقد البيع دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي 2016، مذكرة ماستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2022 .

- لغواطي مصطفى امين ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر ،قانون خاص ،قسم الحقوق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب ،عين تموشنت الجزائر ،2017، .

- لخضاري محمد،العقود الممهدة في البيوع العقارية و الحماية القانونية للمتعاقدين، رسالة دكتوراه في الطور الثالث،تخصص قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،19 مارس 1962 جامعة جيلالي ليايس ،سيدي بلعباس، 2021 .

- محمد جبران،الطيب احماحمة، العقد الابتدائي عناصره و اثاره ، ماستر شعبة قانون المفاوضة، جامعة محمد الخامس ،الرباط المغرب،2017.

- بوشارب إيمان محاضرات عقود خاصة كلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق، جامعة 8 ماي 1945،قالمة ، 2023.

- نادية عارف، النظام القانونية لعقد حفظ الحق في ظل التشريع الجزائري ،مذكرة ماستر، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي ،الجزائر 2018 .

- بحماوي الشريف،مدى فعالية عقد حفظ الحق في تطوير الترقية العقارية ، ،ع6 مخبر القانون و العقار بجامعة البلديدة 2017.

- خواترة سامية ،التزامات المكتتب و صاحب حفظ الحق في القانون 04/11 ، ،ع06 مجلة اكااديمية دولية فصلية،جامعة ابن خلدون تيارت ،الجزائر 2018.

- نوال بودبزة،عقد حفظ الحق في القانون الجزائري،مذكرة ماستر ، كلية الحقوق تخصص قانون أعمال جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل 2019 .

- بونيف لقمان ،التزامات المرقي العقاري في التشريع الجزائري،مذكرة ماستر ،قسم الحقوق ،كلية الحقوق و العلوم

السياسية، جامعة محمد البشير الابراهيمى ،برج بوعريبيج،الجزائر، 2019 .

### 3 المقالات العلمية:

-موهاب سارة ،علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود،مجلة دراسات القانونية المقارنة مج07 ع01 كلية حقوق وعلوم السياسية ،جامعة الدكتور يحي فارس بالمدينة ،2021.

-اشرف جابر ، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعه قضائية وصياغة تشريعية لمحات بعض المستجدات، ملحق خاص - ع2 الجزء الثاني كلية الحقوق جامعة حلوان مصر 2017 .

-بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد، مجلة كلية القانون الكويتية، السنة 9، ع 3 ،كلية الحقوق جامعة الكويت 2021.

- كهينة فونان، الوعد بالتعاقد تكريس لحق التفكير في المرحلة السابقة على التعاقد،حوليات جامعة الجزائر1، مجلد 34، العدد04، 2020.

-جمال فاخر النكاس العقود و الاتفاقيات الممهدة للتعاقد واهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على العقد المجلد 20 ع 1 مجلة الحقوق الكويتية 1996 .

- شهيدى محمد سليم ، الوعد بالتعاقد في ظل الاتجاهات الحديثة في العقود ، المجلد08 ، العدد02 مجلة دولية محكمة و أكاديمية متخصصة و مصنفة تصدر عن جامعة سعيدة الدكتور الطاهر مولاي /الجزائر، 2021،

- يوسف نبوكيوت ،الدعاوى الاستهلامية في قانون العقود الفرنسي الجديد كآلية لتحقيق الامن التعاقدى،مجلة الدراسات القانونية المقارنة 'مج07، ع01، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان 2020 .

- نيبال محمد العنوم ، فايز محمد البوريني رنده عبدالكريم العمري عقد الوعد بالتفضيل في ضوء الفقه القانون الإسلامي و القانون المدني الأردني مجلة جرش للبحوث و الدراسات المجلد 23 العدد1 2022 .

- احمد ابراهيم الحباري ، تنظيم التشريعي للوعد بالتفضيل دراسة مقارنة ، مجلة الاردنية في القانون و العلوم السياسية جامعة مؤتة الكرك الاردن،مج8، ع3 2016 .

- قندلي رمضان ،العقد الإطار كقالب للعقود المستقبلية اللاحقة ،دراسة تحليلية في ضوء ق.م.ج مجلة قانون و علوم السياسية ، مجلد08 العدد 01 ، 2022 .

- عطية سليمان؛ ، موسى إلياس عباس. مجلة الكوفة للعلوم القانونية و السياسية ع16 كلية القانون ،جامعة الكوفة،العراق . 2013 .
- ابو زيد محمد، المفاوضات في الإطار التعاقدى صورها و أحكامها، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، المجلد 47 العدد 01 المركز الجامعي افلو الاغواط 2005.
- مصطفى محمد جمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن ،مجلة منشورات الحلبي الحقوقية،2009 .
- جعفر محمد جواد الفضلي ،عقد الإطار دراسة تحليلية ،مجلة الرافدين للحقوق ،مجلد 08، عدد 28،كلية الحقوق،جامعة الوصل،العراق،2006.
- ايمان عبد الفتاح عوده العلي ، الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي وأثره كضمانة للبائع والمشتري في عقد بيع الشقق والمباني قيد الإنشاء ،مج10،ع04، ، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)كلية الحقوق،فرع الخرطوم،جامعة القاهرة 2021
- محمد صدق،حجة العقد الابتدائي لشراء العقار في طور الانجاز،مجلة المنارة للدراسات القانونية و الادارية العدد الخاص بالعقار و التعمير،المغرب، 2019
- بن عامر محمد ،عقد حفظ الحق كتقنية لترقية العقارية ،كلية الحقوق جامعة يحي فارس المدية الجزائر مج3،ع2،مخبر السيادة و العولمة2017 .
- جميلة جبار خصوصية الشكلية في عقود الترقية العقارية ،مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية ،مج04،ع01مخبر النظام القانوني للعقود و التصرفات في القانون الخاص 2022.
- لالوش سميرة ،التنظيم القانوني لعقد حفظ الحق و خصوصيته في مجال البيوع العقارية ،مجلة الاجتهاد القضائي ،مج14 ع01 ،مخبر اثر الاجتهاد القضائي على شكل التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2022 .
- جبار جميلة ،خصوصية الشكلية في عقود الترقية العقارية (عقد البيع بناء على التصاميم و عقد حفظ الحق) مج04،ع01، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية 2022.
- سهام مسكر،إلزام المرقي العقاري باحترام الحماية القانونية الممنوحة لمقتني العقار قبل الإنجاز في ظل الأحكام المستحدثة بموجب القانون رقم 04/11 العدد الثاني،مجلة الدولية العلمية الاكاديمية سداسية المحكمة، مخبر السيادة و العولمة،جامعة يحيى فارس المدية جوان 2015.

## 4 مواقع الانترنت:

-مقالة صادرة عن مجلة القانون و الأعمال الدولية مختبرالبحث قانون الأعمال بجامعة الحسن

الأول،سطات،المغرب،2014، <https://www.droitentreprise.com>

- مجلة مغرب القانون ،العقود التمهيدية في التشريع المغربي، 2018 ، [-/https://www.maroclaw.com/](https://www.maroclaw.com/)

الموقع الالكتروني <https://azizavocate.com/2021/09>.

-[https://www.droitarabic.com/2018/09/blog-post\\_51.html](https://www.droitarabic.com/2018/09/blog-post_51.html)

- [https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/672606/mod\\_resource/content/](https://elearning.univ-bejaia.dz/pluginfile.php/672606/mod_resource/content/)

## 5 المراجع بالفرنسية:

est le contrat par lequel ine partie Article 1123 p01 dispose que le pacte préférence est-

s'engage a à proposer prioritairement à

son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter.

- Article 1840 A du code fiscal général Abrogé par Ordonnance n°2005-1512 du 7 décembre 2005 - art. 20 JORF 8 décembre 2005 en vigueur le 1er janvier 2006.

Article R261-28 Modifié par Décret n°2019-873 du 21 août 2019 Le montant du dépôt de garantie ne peut excéder 5% du prix prévisionnel de vente si le délai de réalisation de la vente n'excède pas un an ; ce pourcentage est limité à 2% si ce délai n'excède pas deux ans. Aucun dépôt ne peut être exigé si ce délai excède deux ans.

فهرس

المحتويات

# فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
أ	بسملة
ب	شكر و عرفان
ج	إهداء
هـ	قائمة المختصرات
2	مقدمة
<b>الفصل الأول: العقود التمهيدية التقليدية</b>	
10	المبحث الأول: الوعد بالتمفضيل و الوعد بالتعاقد
10	المطلب الأول: الوعد بالتعاقد
11	الفرع الأول: مفهوم الوعد بالتعاقد
12	الفرع الثاني: صور الوعد بالتعاقد
15	الفرع الثالث: شروط الوعد بالتعاقد و آثاره القانونية
21	المطلب الثاني: الوعد بالتمفضيل
22	الفرع الأول: مفهوم الوعد بالتمفضيل
27	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوعد بالتمفضيل
31	الفرع الثالث: آثار الوعد بالتمفضيل و الجزاء و الإخلال به
35	المبحث الثاني: العقد اطار و العقد الابتدائي

35	المطلب الول: العقد الإطار
36	الفرع الأول: مفهوم عقد الإطار
39	الفرع الثاني: الطبية القانونية لعقد افطار
44	المطلب الثاني: عقد الابتدائي
44	الفرع الأول: مفهوم العقد الابتدائي
46	الفرع الثاني: جزاء الاخلال بالعقد الابتدائي
47	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي و آثاره
54	ملخص الفصل الأول
<b>الفصل الثاني: العقود التمهيدية الحديثة</b>	
57	المبحث الول: الإطار المفاهيمي لعقد حفظ الحق
57	المطلب الأول: ماهية عقد حفظ الحق و خصائصه
57	الفرع الأول: تعريف عقد حفظ الحق
69	المطلب الثاني: أركان حفظ الحق
70	الفرع الأول: الأركان الموضوعية
73	الفرع الثاني: الركان الشكلية
74	المبحث الثاني: آثار عقد حفظ الحق
75	المطلب الأول: التزامات المرقى العقاري
75	الفرع الأول: الالتزام بإعداد عقد البيع النهائي
77	الفرع الثاني: الالتزام بحسن الانجاز و المطابقة
81	الفرع الثالث: الالتزام بالتسليم

83	المطلب الثاني: إلتزام صاحب حفظ الحق
83	الفرع الأول: الإلتزام بدفع تسبيق أو مبلغ الضمان
87	الفرع الثاني: إلتزام صاحب حفظ الحق بالتسليم العقاري
91	الفرع الثالث: التزم بدفع الثمن و جزاء الإخلال بالإلتزامات المترتبة
97	ملخص الفصل الثاني
99	خاتمة
105	قائمة المصادر و المراجع
112	فهرس المحتويات

## الملخص:

تعرف العقود التمهيديّة بأنها تلك العقود التي تسبق إبرام العقد النهائي المنشود و الذي يكون بدوره ممهدا لهذا الأخير و يترتب على مخالفته المسؤولية العقدية وان لم يبرم العقد النهائي وقد صدر مرسوم 131 2016 في فرنسا وقد جاء بإجراءات و إصلاحات تشريعية جديدة عرفها القانون الفرنسي منذ صدوره سنة 1804 مستلهما مبادئ الأمن القانوني والعدالة العقدية كما أورد العديد من تعديلات و تغيير عديد من مفاهيم القانونية، كما تناولنا أيضا دراسة عقد حفظ الحق كإجراء لبيع العقار وهو في طور الانجاز بموجب القانون 04/11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والذي جاء بأحكام جديدة وصارمة من اجل تنظيم و ضبط علاقة المرقي العقاري مع صاحب حفظ الحق إلى غاية البيع وإبرام العقد النهائي.

### Résumé :

Les contrats préliminaires sont définis comme les contrats qui précèdent la conclusion du contrat final souhaité, qui à son tour ouvre la voie à ce dernier, et sa violation entraîne la responsabilité contractuelle même si le contrat final n'est pas conclu. il est venu avec de nouvelles procédures législatives et des réformes connues du droit français depuis sa promulgation en 1804 Inspiré par les principes de sécurité juridique et de justice contractuelle, car il mentionnait de nombreux amendements et modifications de nombreuses notions juridiques, nous avons également traité l'étude du contrat de la préservation du droit en tant que procédure de vente du bien, qui est en train d'être achevée conformément à la loi 04/11 du 17 février 2011 qui précise les règles qui réglementent l'activité de promotion immobilière, dont il est venu avec de nouvelles et strictes des dispositions afin de réglementer et de contrôler la relation du promoteur immobilier avec le titulaire du droit jusqu'à la vente et la conclusion du contrat définitif.