



شعبة القانون الخاص
ماستر قانون المفاوضة
عرض تحت عنوان:

العقد الابتدائي -عناصره وآثاره-

تحت إشراف الدكتور:

د. عبد الرحمان الشرقاوي

من إنجاز الطالبة:

محمد جبران

الطبيب احماحمة

السنة الجامعية

2017/2016

مقدمة:

يعرف العقد بأنه اتفاق إرادتين أو أكثر إما بقصد إنشاء علاقة قانونية كإنشاء التزام أو حق عيني، وإما بقصد تعديل أو إلغاء علاقة قانونية موجودة من قبل. وبعبارة أخرى فإن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين على إحداث أثر قانوني .

لا شك أن التعاقد في نظرية العقد يأخذ صورته النهائية ويصبح باتا، لكن قد تسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية، إذ أن الأفراد في كثير من الأحيان تحتاج إلى التريث في التفكير فيما قد يقدمون عليه من تصرفات قانونية، فيكونون مضطرين إثر ضغوط الحياة العملية وتشعبها إلى الالتجاء إلى طرق التعاقد المؤقتة، من قبيل الوعد بالتعاقد أو التعاقد بالعربون، أو إبرام عقد ابتدائي، هذا الأخير هو موضوع دراستنا، خاصة بيان عناصره وآثاره، الذي يعد من بين أهم الاتفاقات التمهيدية السابقة على العقد النهائي، والذي أفرزته الحياة العملية .

ويكتسي العقد الابتدائي أهمية كبرى تتجلى في الامتيازات التي يخولها هذا النمط التعاقدي، خاصة للطرف الضعيف (المستهلك) في العلاقة التعاقدية، إذ نجد للعقد الابتدائي تطبيقات على المستوى العملي، خاصة في البيوع العقارية، أبرزها حالة بيع العقار في طور الانجاز المنظم بموجب القانون رقم 107.12 المغير والمتمم للقانون رقم 44.00، وحالة الإيجار المفضي إلى تملك العقار الذي يوطر أحكامه القانون رقم 51.00، التي تجمع ما بين طرفين متفاوتين على المستوى الاقتصادي.

ويثير موضوع العقد الابتدائي – عناصره وآثاره – إشكالية محورية وهي كالتالي:
إلى أي حد استطاع المشرع المغربي من خلال المقتضيات القانونية المنظمة لعناصر العقد الابتدائي وآثاره تحقيق نوع من التوازن العقدي في ضوء القانون رقم 107.12 والقانون رقم 51.00 ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية نضع تصميما مركزيا ومقاربا، وهو كالتالي :

المبحث الأول: العقد الابتدائي وتمييزه عن بعض الاتفاقات التمهيدية الأخرى

المبحث الثاني: إبرام العقد الابتدائي في بعض البيوع العقارية وآثاره

المبحث الأول: العقد الابتدائي وتمييزه عن بعض الاتفاقات التمهيدية الأخرى

يعد العقد الابتدائي مرحلة وسطى بين المفاوضات التمهيدية¹ والعقد النهائي، ولإحاطة بجوانب هذا العقد كأحد الاتفاقات التمهيدية السابقة عن إبرام العقد النهائي، لا بد من التعريف بهذا العقد، وبيان طبيعته القانونية، وذلك في (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك نتحدث عن تمييز العقد الابتدائي عن غيره من المفاهيم، أو بعض الاتفاقات السابقة الأخرى (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تعريف العقد الابتدائي و طبيعته القانونية

سمي هذا العقد ابتدائياً، لأنه بكل بساطة أول خطوة إيجابية لتأكيد العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري، وهو من العقود المؤقتة التي تبرم لغاية محددة ينتهي بانتهائها، لكن الملاحظ أن التشريع والفقهاء وكذا القضاء قد انقسم بخصوص مسألة تعريف العقد الابتدائي وطبيعته القانونية، حيث سنخصص (الفقرة الأولى) لتعريف العقد الابتدائي، و(الفقرة الثانية) للطبيعة القانونية للعقد الابتدائي .

الفقرة الأولى: مفهوم العقد الابتدائي

بالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي، وخاصة القسم الأول من الكتاب الثاني، الذي عنوانه المشرع بالعقود المسماة وفي أشباه العقود، وكذلك بعض القوانين الأخرى، كالقانون المنظم لبيع العقارات في طور الإنجاز² والقانون رقم 51.00³، نجده لم

1_ ويعرف عبد القادر العرعاري المفاوضات التمهيدية في كتابه: "مصادر الالتزامات - الكتاب الأول، نظرية العقد -"، مطبعة الكرامة الرباط، الطبعة الثانية 2005، ص 57، بأنها "خطوة نحو الإيجاب و تتمثل هذه المفاوضات في مجموع المناقشات و المحادثات التي تتعلق بموضوع العقد، دون أن يكون لها دور حاسم في إبرام العقد، و بالتالي فإنه لا يترتب على الإخلال بها أي مسؤولية عقدية، إلا أن ذلك لا يمنع من التحمل بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا ثبت الخطأ في جانب أحد المتعاقدين، وهذا ما تؤكد نظرية الفيلسوف اهرنج، المعروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد

2_ القانون رقم 107.12 القاضي بتغيير وتتميم القانون 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05 بتاريخ 32 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 1944 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016) ص 938

3_ المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ فاتح ذي القعدة 1424 (25 ديسمبر 2003)، 4375 .

يتطرق لتعريف العقد الابتدائي، واكتفى فقط ببعض الإشارات المتناثرة في بعض الفصول، مثال الفصل 3-618 و الفصل 3-618 مكرر مرتين من القانون رقم 107.12 (4).

وهذا راجع لكون المشرع ليس ملزماً بوضع تعريف معين، حيث غالباً ما يترك مسألة تعريف مؤسسة من المؤسسات القانونية للفقهاء والقضاء.

فإذا كان المشرع المغربي لم يعطي تعريفاً للعقد الابتدائي، فإن نظره المشرع الفرنسي عرفه من خلال المادة 11 من قانون 3 يناير 1967، إذ اعتبر العقد الابتدائي ذلك: "العقد الذي بمقتضاه يلتزم البائع بحجز (الاحتفاظ) عقار أو جزء من عقار لفائدة المشتري مقابل إيداع ضمانات في حساب خاص" (5).

ومنه، فإن الفقه كان لا بد له من التدخل لمحاولة إعطاء تعريف للعقد الابتدائي، وهو ما فعله الفقيه عبد الرزاق السنهوري، حيث قال "... ولكن المتعاقدين قرر قرارهما على إبرام العقد، ويريدان التقيد به منذ الآن، فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة تعين في الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائي . و يقول في موضع آخر، أن الوعد بالتعاقد وكذلك الاتفاق الابتدائي، عقد كامل لا مجرد إيجاب . ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي" (6).

وفي هذا الإطار كذلك، فإن الفقيه عبد القادر العرعاري عرف العقد الابتدائي بأنه: "أول خطوة إيجابية لتأكيد العلاقة بين البائع والمشتري وهو من العقود المؤقتة التي تبرم لغاية محددة ينتهي بانتهائها، إذ يتحول إلى بيع نهائي مكسب للملكية لمشتري المستقبل وقد ينتهي

4_ راجع الفصل 3-618 و 3-618 مكرر مرتين من القانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقارات في طور الانجاز .

5_ أوردته مليكة الهلالي: "بيع العقارات في طور الانجاز و دوره في التخفيف من أزمة السكن -دراسة على ضوء مستجدات مشروع القانون 107.12 الخاص بتتميم و تغيير القانون 44.00 -"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود و العقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية- وجدة، سنة 2015 ص 28 .

6_ عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول- نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام"، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ص 250 و 251 .

قبل هذا التاريخ بتدخل المحكمة في الحالات التي يحق فيها لهذه الأخيرة إنهاء العقد التمهيدي بطلب من أحد الأطراف أو هما معا⁷.

مما سبق، يمكن القول بأن العقد الابتدائي، عقد لا يكفي فيه تراضي الطرفين، بل يجب أن يرد في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ، ليعقبه بعد ذلك عقد نهائي.

فهذا عن مفهوم العقد الابتدائي، فماذا عن طبيعته القانونية ؟ وهو ما سنجيب عنه في الفقرة الموالية.

الفترة الثانية: الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي

نظرا للأهمية البالغة التي تكتسبها مؤسسة العقد الابتدائي، باعتبارها تقنية جديدة من تقنيات التعاقد، فإن الفقه والقضاء اختلف حول الطبيعة القانونية لها، بحيث تقتضي من هذه الفقرة تقسيمها إلى نقطتين، نتطرق في (أولا) لموقف الفقه من طبيعة العقد الابتدائي، على أن نؤجل الحديث عن موقف القضاء وذلك في (ثانيا) .

أولا: موقف الفقه من طبيعة العقد الابتدائي

إن إشكالية الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي، أدت إلى انقسام الفقه، بين من يعتبره – العقد الابتدائي – جمع بين وعد بالبيع و وعد بالشراء، أي هو وعد بالبيع والشراء من الجانبين المتعاقدين⁸.

في حين، يرى البعض الآخر أن العقد الابتدائي بمثابة اتفاق ضمن قائمة العقود الملزمة لجانبين التي يتم التمهيد لإبرام الاتفاق النهائي⁹.

وبالنسبة للفقه الفرنسي، فإنه كذلك لم يجمع على تكييف واحد للعقد المتحدث عنه. حيث يرى الفقيه "Saint Alary" بأن العقد الابتدائي يعتبر وعدا بالتفصيل من جانب البائع

7_ عبد القادر العرعاري: " الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول – عقد البيع –"، مطبعة دار الأمان، الطبعة الثالثة، الرباط 2011، ص 95 .

8_ محمد بن أحمد بونبات: " بيع العقار في طور الإنجاز – دراسة في ضوء القانون رقم 44.00 –"، المطبعة و الوراقة الوطنية- مراكش، الطبعة الأولى، 2003، ص 32 .

9_ عبد القادر العرعاري: " الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول – عقد البيع –"، مرجع سابق، ص 96.

الملتزم بالحجز (الاحتفاظ). وذهب رأي آخر الذي يتزعمه الفقيه "Bergel" إلى اعتبار العقد التمهيدي هو عقد ذو طبيعة مزدوجة، لذلك نكون أمام عقد من نوع خاص وقت إبرامه وقبل الشروع في البناء، أما بعد ذلك فيتحول العقد مباشرة إلى وعد انفرادي بالبيع¹⁰.

وفي اتجاه آخر، يرى محمد المنجي على أن العقد الابتدائي يعتبر " عقدا من عقود البيع العقارية غير المسجلة في السجل العقاري " ¹¹.

لكن جانب آخر حاول أن يرتقي بالعقد الابتدائي، خاصة في بيع العقار في طور الانجاز إلى درجة البيع الناقل لملكية المبيع، وذلك عن طريق نظرية أطلق عليها نظرية العقار بالمآل، معتبرا أنه أضاف إلى العقار بطبيعته، والعقار بالتخصيص، فإنه على غرار المنقول بالمآل المفترض في العقار المرصود للهدم، يوجد عقار بالمآل بالنظر إلى المنقولات المرصودة لإنشاء ذلك العقار، فلئن كان العقار بالمآل غير موجود واقعيًا، فإنه يمكن أن يعتبر موجودا قانونا بكيفية تسمح بانتقال ملكيته في الحال¹².

فإذا كان الفقه، انقسم إلى عدة اتجاهات بخصوص تكييف العقد الابتدائي، فهل انضم القضاء إلى ركب أحد هذه الاتجاهات الفقهية ؟ وهو ما سنتحدث عنه في النقطة الموالية .

ثانيا: موقف القضاء من طبيعة العقد الابتدائي

إن القضاء المغربي وإن لم يتطرق مباشرة إلى تكييف العقد الابتدائي؛ فإنه استقر في عديد من أحكامه وقراراته على اعتباره عقدا تبادليا¹³، يلقي التزامات متقابلة بين البائع

10_ آراء أوردتها، مليكة الهلالي، مرجع سابق، ص 30 .

11_ أوردته عبد العزيز معناني: " الحماية القانونية للمستهلك في بيع العقار قيد الانجاز – دراسة في ضوء القانون المغربي – "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس – السويسي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية - السويسي، السنة 2012، ص 28 .

12_ نقلا عن محمد مرسى زهرة: " العقار بحسب المآل "، مجلة الحقوق الكويتية، عدد 2، ص: 185، عمر اليوسفي العلوي: " بيع العقار في طور الانجاز – بين النظر و التطبيق – "، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في المهن القضائية و القانونية، جامعة محمد الخامس- الرباط، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية- السويسي ، السنة الجامعية 2008-2009، ص 24

13_ ويقول الأستاذ عبد القادر العرعاري في هذا الصدد في كتابه: " مصادر الالتزامات، الكتاب الأول – نظرية العقد – "، مطبعة الأمنية- الرباط ، الطبعة الخامسة سنة 2016، ص 39 ، ما يلي : " تنقسم العقود من حيث التحمل بالالتزامات إلى عقود ملزمة لجانبين (عقود تبادلية)، و أخرى ملزمة لطرف واحد، ففي النوع الأول نجد أن كلا من المتعاقدين يتحمل بالتزامات متقابلة، وهذا ما ينطبق على عقد المقاولة والبيع والكراء إذ يلتزم المقاول بتنفيذ الأشغال مقابل التزام رب العمل بدفع الأجرة له..."

والمشتري وهو ما أكدته المحكمة التجارية بوجدة، في حكم لها، جاء في حيثياته ما يلي : "...وحيث أن العقد المذكور نص على الالتزامات الملقة على طرفيه وألزم المدعين بأداء المبالغ المتفق عليها وفقا للبند الثاني منه . وحيث أن الثابت من العقد الرابط بين الطرفين وخاصة في بنده الثامن أن المدعى عليها التزمت بتسليم العقار إلى المدعي في أجل أقصاه 21 شهرا ابتداء من تاريخ حصولها على رخصة البناء ... " ¹⁴ .

وفي هذا الصدد، جاء في حكم ¹⁵ صادر بتاريخ 2006/12/21 عن المحكمة الابتدائية بتمارة ما يلي: "...وحيث إن المدعي قد أوفى بالتزاماته وسدد المبالغ المتفق عليها المتعلقة بالشقة المذكورة ويكون بذلك محقا في مطالبة الطرف الآخر بإتمام إجراءات التفويت كالتزام واقع عليه..." .

مما سبق يمكن القول، بأن النقاش الفقهي الذي أثير بخصوص مسألة طبيعة العقد الابتدائي، انعكس على الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي عرف هو الآخر تضاربا على مستوى الأحكام القضائية، حيث ذهبت محكمة الاستئناف بباريس إلى تكييف العقد التمهيدي بأنه عقد ذو طبيعة خاصة، في حين أكدت محكمة الاستئناف التجارية " لرين " (Renne)، على أن العقد الابتدائي يعتبر وعدا انفراديا بالبيع، بناء على الفقرة الأخيرة من المادة 11 من القانون الفرنسي السالف الذكر ¹⁶ .

ومنه، فإن العقد الابتدائي عقد ملزم لجانبيين وليس وعد بالبيع الانفرادي، وإن تضمن المنعش العقاري في بعض العقود، عبارة الوعد بالبيع للدفع بكون العقد المبرم مع المشتري هو مجرد وعد لا ينتج أثرا، استنادا إلى الفصل 14 من قانون الالتزامات والعقود ¹⁷ .

14_ حكم المحكمة التجارية بوجدة عدد 2011/272 الصادر بتاريخ 2011/05/10 في الملف رقم 5/2010/516 (غير منشور)، أوردته، مليكة الهلالي، مرجع سابق، ص 32 .

15_ حكم عدد 28 الصادر عن ابتدائية تمارة، بتاريخ 2006/12/21، في الملف عدد 21/2006/107 (غير منشور)، أوردته عمر اليوسفي العلوي، مرجع سابق، ص 22 .

16_ عبد الغني معناني، مرجع سابق، ص 27 و 28 .

17_ عمر اليوسفي العلوي، مرجع سابق، ص 23 .

المطلب الثاني: تمييز العقد الابتدائي عن بعد الاتفاقات التمهيدية الأخرى

يعتبر العقد الابتدائي حجر الزاوية في بنيانه القانوني، فمن خلال تعريفه تم تحديد طبيعته القانونية، ومن تم نهدي إلى أحكامه الخاصة التي تميزه عن باقي الاتفاقات التمهيدية المشابهة له. وذلك من خلال تمييزه عن الوعد (الفقرة الأولى)، وكذلك عن العقد المسبوق بأداء العربون (الفقرة الثانية)، وعن عقد التخصيص في بيع العقار في طور الانجاز (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: تمييز العقد الابتدائي عن الوعد بالتعاقد

المشرع المغربي لم يعرف الوعد بالتعاقد في إطار ظهير الالتزامات والعقود، على خلاف بعض التشريعات الأخرى¹⁸. ويتضح أنه سار نفس نهج المشرع الفرنسي واكتفى بالإشارة إليه ضمن نصوص متناثرة يشوبها الإبهام والغموض¹⁹.

والوعد بالتعاقد²⁰ يتخذ عدة صور، إما أن يكون وعدا بالشراء، أو بالبيع أو بالتفصيل... وهو ما سنقوم بالتفصيل فيه في نقط متتالية.

أولاً: العقد الابتدائي و الوعد بالشراء أو بالبيع

يمكن تعريف الوعد التبادلي بالبيع أو الشراء بأنه ذلك الاتفاق التمهيدي الذي يلزم أحد أطرافه بالبيع أو الشراء لشيء، مع احتفاظ الطرف الآخر حق إبرام العقد من عدمه²¹. كما يعرف بأنه الحالة التي يتم الاتفاق فيها بين شخصين بحيث يعد أحدهما الآخر بإبرام عقد البيع في المستقبل خلال مدة معينة فيقبل الطرف الآخر هذا الوعد²².

18_ مثل القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 في المواد 96 إلى 99، و القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 في المادتين 72 و 73 .

19_ راجع الفصل 14 و 15 من ق.ل.ع .

20_ و يعرف الوعد بالتعاقد ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر نهائيا بحيث لا يبقى لانشاء العقد محل الوعد سوى أن يعلن الطرف الموعد عن إرادته في أن يلتزم هو أيضا بموجبه وذلك خلال مدة معينة وبشروط محددة، أورده عبد العزيز معناني، مرجع سابق، ص 25 .

21_ محمد العروصي: " المختصر في بعض العقود المسماة - عقد البيع والمقايضة والكراء - "، مطبعة مرجان، الطبعة الخامسة 2015، ص 58 .

22_ العربي مياد: " الاجار المفضي إلى تملك العقار "، مجلة القضاء المدني، العدد الثاني- السنة الأولى، صيف/خريف 2010، ص 44 .

يتبن من خلال ما سبق، أن الوعد في عقد البيع يمكن أن إما وعدا بالبيع وهو الذي يصدر ممن رغب في البيع أو وعدا بالشراء ممن رغب في الشراء²³.

وما تجب الإشارة إليه، أنه ينبغي عدم الخلط بين الوعد المتبادل بالبيع أو الشراء و العقد الابتدائي. فهذا الأخير هو عقد تام ينشئ التزامات على عاتق كل من المتعاقدين. أما الوعد بالبيع أو الشراء لا تترتب عليه أي من الآثار التي تترتب على البيع نفسه. وقد أشار القانون المدني الفرنسي في المادة 1589 إلى اعتبار الوعد بالبيع يعادل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والتمن²⁴.

في هذا السياق، ذهب الفقيه عبد الرزاق السنهوري إلى اعتبار أن الوعد الملزم لجانبين هو والاتفاق الابتدائي شيء²⁵. هذا عن العقد الابتدائي وتمييزه عن الوعد بالبيع و بالشراء، فماذا عن تمييز العقد الابتدائي عن الوعد بالتفضيل؟ وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

ثانيا: العقد الابتدائي والوعد بالتفضيل

يندرج الوعد بالتفضيل ضمن الاتفاقات التمهيدية التي تمهد لإبرام العقد النهائي، و قد عرفه بعض الفقه بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعد له على غيره في حالة تصرفه في العين المبيعة، ويكون الثمن في هذه الحالة هو الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد²⁶.

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 إتمامه²⁷.

23_ الطاهر القضاوي: "الوعد بالبيع - دراسة مركزة في العقار -"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- بالرباط، ص 51.

24_ عبد السلام أحمد فيغو: "العقود المسماة - عقد البيع والمعاوضة في قانون الالتزامات و العقود المغربي -"، دون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية سنة 2000، ص 104.

25_ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 251.

26_ عبد العزيز معناني، مرجع سابق، ص 31.

27_ عبد العزيز معناني، مرجع سابق، ص 32.

وما تجدر الإشارة إليه، أن الوعد بالتعاقد عامة يحمل في طياته عدة مخاطر ما دام لا يمنح ضمانات حقيقية للمستفيد .

الفقرة الثانية: تمييز العقد الابتدائي عن العربون

بالرجوع إلى مقتضيات قانون الالتزامات والعقود نجد المشرع نظم العربون من خلال الفصول من 288 إلى 290، وعرفه في الفصل 288 بأنه: " هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده ".

من خلال التعريف أعلاه، يتضح أن العربون باعتباره أداة لضمان تنفيذ العقد، فإنه لا يقتصر على عقد دون آخر، فهو يشمل العقود الابتدائية والعقود النهائية معا²⁸.

وباستقراءنا للفصل 290 من ق.ل.ع²⁹ نستنتج أن المشرع المغربي اعتبر العربون بمثابة دفعة أولية من الثمن الإجمالي، وهنا يطرح الإشكال ويقع الخلط بين تسبيقات العقد الابتدائي مع التسبيق الذي يأخذ شكل عربون؛ فهذا الأخير يكون من أجل ضمان تنفيذ العقد الذي يرتبط به، و غالبا ما يرتبط بأشياء جاهزة أثناء إبرام العقد، أما بالنسبة لتسبيقات العقد الابتدائي فهي ترتبط بالدرجة الأولى بانجاز عقار مستقبلي في طور البناء³⁰

ما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع المغربي اعتبر العربون علامة على إبرام العقد، مسايرا في ذلك الاتجاه الجرمانى³¹.

الفقرة الثالثة: تمييز العقد الابتدائي عن عقد التخصيص

يعتبر عقد التخصيص من أهم المستجدات التي وفانا بها قانون 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز، ومن أهم توصيات المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي³² الذي

28_ عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات ، الكتاب الأول – نظرية العقد –"، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الثالثة 2013 ، ص 85 .

29_ ينص الفصل 290 من ق.ل.ع على ما يلي: " إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ، أو إذا فسخ، بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون، كان لمن قبضه أن يحتفظ به، ولا يلزم برده إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة، إن اقتضى الأمر ذلك ".

30_ عبد العزيز معناني، مرجع سابق، ص 33 .

31_ محمد العروصي، مرجع سابق، ص 65 .

احتضنها المشرع و أحاطها بالكثير من العناية نظرا لعدة مشاكل التي تقع قبل إبرام العقد الابتدائي .

ويؤكد الأستاذ عبد القادر العرعاري أن عقد التخصيص، يندرج ضمن لائحة الاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقد الابتدائي. و يعرف في إطار التجربة الفرنسية بمرحلة الحجز الأولي التي يتمكن فيها الأطراف من مهلة للتفكير قبل اتخاذ القرار المناسب³³ .

وما يميز عقد التخصيص هو طابعه الاختياري، وذلك ما يتضح جليا من خلال الفصل 618-3 مكرر مرتين³⁴ .

كما يعطي هذا العقد للمشتري حق التراجع، وذلك داخل أجل لا يتعدى شهرا من تاريخ إبرامه، وفي حالة فسخ عقد التخصيص أو العقد الابتدائي من لدن أحد الطرفين، يستحق المتضرر من الفسخ تعويضا³⁵ .

بعد تحديدنا لماهية العقد الابتدائي، فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هو كيف يتم إبرام هذا العقد ؟ وماهي تطبيقاته على أرض الواقع ؟ وهو ما سنفصل فيه في المبحث الثاني.

32_ رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول إحالة مشروع قانون رقم 107.12 يغير و يتم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، بمثابة قانون الالتزامات والعقود، أنظر الجريدة الرسمية عدد 6297 بتاريخ 11 ذو الحجة 1435 (6 أكتوبر 2014) ، ص 7206 .

33_ عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات..."، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الخامسة 2016، مرجع سابق، ص 265 .

34_ ينص الفصل 618-3 مكرر مرتين على ما يلي: " يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص..."

35_ راجع الفصل 618-3 مكرر ثلاث مرات الذي ينص على حق التراجع، والفصل 618-14 الذي ينص على التعويض في حالة فسخ عقد التخصيص أو العقد الابتدائي .

المبحث الثاني: إبرام العقد الابتدائي في بعض البيوع العقارية وآثاره

تكتسي المعاملات أهمية كبرى سواء من الناحية الاقتصادية، حيث أن هذه الأخيرة هي قوام جميع المشاريع التنموية، أو من الناحية الاجتماعية حيث الارتباط القوي للفرد بالملكية العقارية³⁶.

وكما هو معروف في نظرية العقد، فإن التعاقد يأخذ صورته النهائية ويصبح باتا، لكن عقد يسبق مرحلة التعاقد النهائي، مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية، والمرحلة التمهيدية هي التي يمكن الحديث فيها عن العقد الابتدائي.

وهناك الكثير من المظاهر التعاقدية التي يتم إبرامها في القانون المغربي على مرحلتين، أبرزها عقد بيع العقار في طور الانجاز وعقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار .

وللتفصيل أكثر في العقد الابتدائي خاصة فيما يتعلق ببيع العقار في طور الانجاز والإيجار المفضي إلى تملك العقار، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتحدث عن انعقاد العقد الابتدائي في (المطلب الأول)، ونخصص (المطلب الثاني) لآثار العقد الابتدائي، مع تسليط الضوء على بعض المظاهر الحمائية للطرف الضعيف في هذا العقد (المستهلك) .

المطلب الأول: انعقاد العقد الابتدائي

يلعب العقد الابتدائي دورا مهما في تبصير المشتري وإعطائه مهلة للتفكير واتخاذ القرار الصائب³⁷، ويتطلب هذا العقد مجموعة من الأركان العامة اللازمة لصحته، التي يخضع فيها لقانون الالتزامات والعقود باعتباره الشريعة العامة، حيث حددها في الأهلية، التراضي، المحل، والسبب³⁸.

36_ عبد القادر بوبكري: "توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية على ضوء مستجدات قانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية و القوانين ذات الصلة"، ندوة : المعاملات العقارية وإشكاليات توثيقها في ضوء المستجدات القانونية الجديدة ، جامعة القرويين فاس، كلية الشريعة- أكادير، مطبعة انفو – برانت، ص 19 .

37_ جميلة العماري: "الوجيز في عقد البيع – دراسة على ضوء، قانون 53.05 لتبادل المعطيات الالكترونية بشكل إلكتروني وقانون 44.00 بيع العقار في طور الانجاز"، مطبعة سليكي أخوين- طنجة، الطبعة الثانية 2012، ص 55 .

38_ ينص الفصل الثاني من ق.ل.ع على ما يلي: "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي :

1- الأهلية للالتزام؛

2- تعبير صريح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛

هذا، وقد فرض المشرع المغربي في العقد الابتدائي سواء في القانون رقم 107.12 المغير والمتمم للقانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز، أو في القانون رقم 51.00 الخاص بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، مجموعة من العناصر.

ولتفصيل هذه النقطة، ارتأينا التركيز عن إلزامية تحرير العقد الابتدائي سواء في بيع العقارات في طور الانجاز أو في الإيجار المفضي إلى تملك العقار، وذلك في (الفقرة الأولى)، على أن نخصص (الفقرة الثانية) للحديث عن البيانات الواجب توافرها في العقد الابتدائي و بعض الأحكام الخاصة بالعقد الابتدائي لما تلعبه من دور حمائي للمشتري كطرف ضعيف في العقد .

الفقرة الأولى: إلزامية تحرير العقد الابتدائي

لقد أعلن المشرع موقفه بشكل واضح من خلال استناده على الكتابة والتوثيق كخيار استراتيجي قانوني أي أبعاد ومضامين اقتصادية واجتماعية مهمة، حيث قرر ضرورة إتباع شكلية الكتابة (أولا)، فضلا عن تحديده الجهة المخول لها قانون تحرير العقد الابتدائي (ثانيا) سواء في القانون 107.12 أو في القانون 51.00 .

أولا: شكلية الكتابة في العقد الابتدائي من خلال القانون 107.12 والقانون

51.00

إذا كان الفصل 488 من قانون الالتزامات والعقود ينص على ما يلي: " يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى " .

فإن المشرع المغربي أورد استثناء على مبدأ الرضائية، من خلال الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود³⁹ ، وأعاد تأكيده على ذلك في القانون 107.12 من خلال الفصل

3- شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للإلتزام؛

4- سبب مشروع للإلتزام . " و للمزيد من التوسع في الموضوع راجع :

39_ ينص الفصل 489 من ق.ل.ع على ما يلي: " "

3-618⁴⁰. وكذلك المادة 4 من القانون الخاص بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، وإن بكيفية غير صريحة.

فيما يخص العقد الابتدائي في بيع العقار في طور الإنجاز⁴¹، حيث بالرجوع إلى القانون رقم 107.12 المغير والمتمم للقانون 44.00، نجد المشرع المغربي من خلال الفصل 3-618 نص صراحة على أنه: "يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي⁴² أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونا تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان".

ومن تم يتم إضفاء الصفة الرسمية على الاتفاقات القائمة بين الأطراف متى أنجزت من قبل أشخاص لهم صلاحية التوثيق⁴³، وبهذا يكون المشرع المغربي في إطار نصه الصريح على تحرير عقد البيع الابتدائي، قد حسم في الخلاف الذي كان سائدا حول شكلية أو رضائية عقد البيع الوارد على العقارات⁴⁴.

وتعتبر مرحلة التسويق أو البيع، مرحلة تربط المنعش العقاري بالمستهلك بصفة مباشرة، وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 2-618 من القانون 107.12 نجد المشرع أجاز عملية بيع العقارات في طور البناء لكافة المنعشين عموميين كانوا أو خواص، بحيث يحزر مبدئيا عقد ابتدائي، من طرف مهنيين قانونيين⁴⁵.

40_ ينص الفصل 3-618 من ق.ل.ع: "يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ..."

41_ عرف المشرع المغربي بيع العقار في طور الإنجاز من خلال الفصل 1-618 بأنه: "... كل اتفاق يلتزم بمقتضاه البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعا لتقدم الأشغال".

42_ ينص الفصل 418 من ق.ل.ع على ما يلي: "الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون ... " للتوسع أكثر في الأوراق الرسمية راجع :

- إدريس العلوي العبدلاوي: "وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي - القواعد العامة لوسائل الإثبات، الكتابة، الشهادة، القرائن، الإقرار، اليمين"، دون ذكر الطبعة، الطبعة الأولى 1977، ص 67.

43_ عبد القادر بوبكري: "مرجع سابق، ص 20.

44_ عزيز الناعيم: "تحرير العقود بين الرضائية والشكلية"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مكناس، السنة الجامعية 2012-2013، ص 103.

45_ صفاء مخشاني: "الإنعاش العقاري أية حماية للمستهلك"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- السويسي، أكتوبر 2011، ص 106 و 107 و 108.

وتجدر الإشارة إلى أن تقييد وإشهار العقد الابتدائي احتياطيا في بيع العقار في طور الانجاز، نجد المشرع المغربي من خلال الفصل 10-618 من القانون رقم 107.12⁴⁶ أدخل نوعا من المرونة على حق البائع في تقييد حقوقه وذلك راجع إلى الصعوبة التي كان يثيرها الفصل القديم، وتتجسد هذه المرونة في إيجاد المشرع لحل توافقي يرضي الطرفين البائع والمشتري على حد سواء، إلا أن استفادة المشتري بهذا الحق تظل مرهونة بتجاوز سقف التسبيقات التي قدمها المشتري للبائع حدود (50 %) من ثمن البيع الإجمالي، وذلك بهدف قطع الطريق أمام المشتريين الذين لا تتجاوز دفعاتهم الحد المشار إليه أعلاه⁴⁷.

أما فيما يتعلق بالبيع الابتدائي في الإيجار المفضي إلى تملك العقار⁴⁸، نجد المشرع لم ينص صراحة عليه، وإنما يستفاد من التعريف الذي أعطاه للإيجار المفضي إلى تملك العقار⁴⁹.

فالعقد الابتدائي في الإيجار المفضي إلى تملك العقار يتم باتفاق المتعاقدين على إتمام عقد البيع في المستقبل فيعتبر بذلك مرحلة تمهيدية للعقد النهائي .

ومنه يكون المشرع المغربي من خلال المادة 4 في فقرتها الأولى⁵⁰، حافظ على موقفه المرن إزاء التصرفات العقارية، فاشتراط ضرورة الكتابة سواء في شكل رسمي أو محرر ثابت التاريخ.

للإشارة، فحماية لحقوق المكثري الممتلك صاحب حق شخصي، خوله المشرع مكنة التقييد الاحتياطي دون تعليق ذلك على شرط، خلافا لما سار عليه المشرع من خلال 10-618 من القانون رقم 107.12 ، إذ نص المشرع من خلال المادة 5 من القانون رقم 51.00 أنه إذا كان العقار محفظ أمكن للمكثري الممتلك طلب إجراء تقييد احتياطي على الرسم

⁴⁶ راجع الفصل 10-618 من القانون رقم 107.12 .

⁴⁷ عبد القادر العرعاري: " .

⁴⁸ نظمته المشرع من المادة 4 إلى 7 من القانون 51.00 .

⁴⁹ تنص المادة 2 من القانون رقم 51.00 على ما يلي : " يعتبر الإيجار المفضي إلى تملك العقار كل عقد بيع يلتزم البائع بمقتضاه تجاه المكثري الممتلك بنقل ملكية عقار أو جزء منه بعد فترة الانتفاع به بعوض مقابل أداء الوجيبة المنصوص عليها في المادة 8 من هذا القانون إلى حلول تاريخ حق الخيار " .

⁵⁰ راجع الفقرة الأخيرة من المادة 4 من قانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار .

العقاري، وذلك من المحافظ العقاري⁵¹ وأن التقييد الاحتياطي يبقى ساري إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي في الرسم العقاري، وأن تعيين رتبة هذا الأخير يتم بناء على تاريخ التقييد الاحتياطي.

وقد جاء في المادة 6 من القانون المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، ما يلي: "إذا كان العقار غير محفظ، تسجل نسخة من عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بسجل خاص يمسك بكتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية بالدائرة التي يوجد بها العقار وتودع النسخة المذكورة لدى نفس الكتابة".

لكن المشرع لم يقف عند هذا الحد سواء من خلال القانون 107.12 أو القانون 51.00، بل تعداه إلى ترتيب جزاء البطلان عن تخلف الكتابة، وبالتالي يمكن اعتبار الكتابة هي شكلية انعقاد وليست فقط للإثبات، وبالتالي فهي تعد ركنا شكليا فيه، ومن ثم تدخل كجزء محدد لماهية التصرف، وتندمج فيه، ولا يقوم العقد بدون كتابة⁵².

ويمكن إبداء عدة ملاحظات فيما يخص الشكلية، من قبيل:

- إن المشرع لم يعط اختصاص تحرير العقود للموثقين والعدول وحدهم، والحال أن هؤلاء هم من يملك صلاحية التوثيق، بل أسند مهمة توثيق هذه البيوع للمحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض، كما حاول توسيع نطاق هذا الاختصاص من خلال استناده لباقي المهنيين المقبولين لتحرير العقود.

- بالإضافة إلى أن جزاء البطلان الذي نص عليه المشرع المغربي سواء في القانون 107.12 أو 51.00، هل البطلان يعد من النظام العام أم لا؟ يمكن القول في هذا الصدد أنه من النظام مادام يمكن لكل شخص أن يثيره، ومادام كذلك أن المشرع نص عليه صراحة.

⁵¹ راجع المادة 5 من القانون رقم 51.00.

⁵² وفاء جوهر: "بيع العقار في طور الانجاز"، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، أكتوبر 2009، 79.

وللإشارة فإن شكلية الكتابة كعنصر ضروري لانعقاد العقد الابتدائي، تأتي انسجاما مع نص المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية⁵³، والتي تعتبر مقتضياتها من النظام العام .

يستفاد من المادة أعلاه أن المشرع أصبح يسير نحو الرسمية، لكن دون التخلي عن الكتابة العرفية، وهو ما يدفعنا لطرح السؤال التالي ما هي الجهة المختصة قانونا بتحرير العقد الابتدائي؟ وهو ما سنجيب عنه في النقطة الموالية.

ثانيا: الجهة المختصة قانونا بتحرير العقد الابتدائي

لتحديد الجهة الموكول لها قانونا تحرير العقد الابتدائي سننطلق من المقتضيات القانونية المنظمة له سواء في إطار بيع العقار في طور الانجاز أو الإيجار المفضي إلى تملك العقار، حيث نجد المشرع كما سبق الذكر ألزم أن يكون العقد الابتدائي في شكل محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ ، وللإحاطة بهذه النقطة سنتحدث أولا عن محررو العقود الرسمية (أ)، على أن نؤجل الحديث عن محررو العقود الثابتة التاريخ (ب) .

أ- محررو العقود الرسمية

سواء تعلق الأمر بعقد ابتدائي في بيع العقار في طور الانجاز أو في الإيجار المفضي إلى تملك العقار، نجد المشرع المغربي أعطى للأطراف الخيار بين الكتابة الرسمية أو العرفية ، والمحرر الرسمي موكول أمر تحريره إلى كل من الموثقون العصريون، الذين يعتبرون المؤهلون بامتياز لممارسة مهنة تحرير عقود بيع العقارات وإتمام إجراءات هذه البيوعات عن طريق تسجيل العقود في السجل العقاري⁵⁴ .

وتجدر الإشارة أن الوثيقة التي يحررها الموثق والعدل تكتسي طابعا رسميا لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور⁵⁵، إلا أن الفرق بين الوثيقة التي يحررها الموثق وتلك المحررة من طرف العدل هو أن الأولى تعد وثيقة رسمية بمجرد توقيع الموثق عليها أما الوثيقة التي يقوم

⁵³ تنص المادة 4 من م.ج.ع على ما يلي: " يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات العقارية المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقص ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك "

⁵⁴ محمد أحمد بونيات: " بيع العقارات في طرو الانجاز - دراسة في ضوء القانون رقم 44.00 - العقد الابتدائي، العقد النهائي، الضمانات"، المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش، الطبعة الأولى 2003، ص 33 .

⁵⁵ ينص الفصل 419 من ق.ل.ع على ما يلي:

العدل بتحريرها فهي لا تكتسي الطابع الرسمي إلا إذا خاطب عليها قاضي التوثيق⁵⁶. هذا عن العقود الرسمية، فماذا عن محررو العقود ثابتة التاريخ؟

ب- محررو العقود ثابتة التاريخ

بالرجوع إلى الفصل 3-618 من القانون 107.12 وكذلك المادة 4 من القانون 51.00 نجد المشرع المغربي أعطى لأطراف العقد الابتدائي إمكانية تحريره بموجب محرر ثابت التاريخ كذلك، الذي يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة قانونا ويخول لها تحرير العقود.

وإذا كانت الأمور واضحة بالنسبة لشريحة المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض، فإن باقي الشرائح الأخرى التي يحق لها تولي هذه المهام التوثيقية تتوقف على ضرورة استصدار نص تنظيمي يحدد شروط تقييد المهنيين ضمن اللائحة السنوية المشار إليها سابقا⁵⁷.

لكن هل ترقى وثيقة المحامي الدالة على العقد الابتدائي إلى مصاف الورقة الرسمية؟ جوابا على السؤال المطروح، يرى عبد السلام بلهاشمي التسولي " أن العقود التي يوثقها المحامي طبقا للقوانين 18.00 ز 44.00 و 51.00 ذات حجية رسمية مادامت صادرة منه في حدود الاختصاص القانوني وفق الشكلية المتطلب مقلها في ذلك مثل أي محرر صادر عن الموثق أو العدلين، أما العقود المحررة من قبل المحامي استنادا إلى 30 من ظهير 1.08.101 صادر في 20 أكتوبر 2008 بتنفيذ القانون رقم 28-08 فتبقى عقود عرفية⁵⁸ .

فهذا عن عنصر الكتابة والجهة المخول لها تحرير العقد الابتدائي، فماذا عن العناصر الأخرى الواجب توافرها في صلب الوثيقة وبعض الخصوصيات التي تميز عقد العقد

⁵⁶ _ رضوان عسة: " عقد الإيجار المفضي على تملك العقار في ضوء القانون رقم 51.00 والقانون 31.08 "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-بسطات، السنة الجامعية 2012-2013 ، ص 88 و 89 .

⁵⁷ _ عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات..."، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الخامسة 2016، مرجع سابق، ص 250 و 251 .

⁵⁸ _ أورده رضوان عسة في الهامش، مرجع سابق، ص 93

الابتدائي في القانون 107.12 و 51.00 ؟ وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال الفقرة الموالية .

الفقرة الثانية: البيانات العامة الإلزامية في العقد الابتدائي وخصائصه

عمل المشرع المغربي على مجارة التشريعات الحديثة الرامية إلى حماية المستهلك، إذ اشترط مجموعة من البيانات المعتبرة كحد أدنى مما ينبغي أن يتعلق به رضى المتعاقدين وألزم أن يتم تضمينها في العقد الابتدائي⁵⁹ .

وبالتالي يكون المشرع المغربي أوجب على المتعاقدين إلى جانب الشكلية، تضمين العقد الابتدائي بمجموعة من العناصر الأساسية، الاحتياطية والثانوية التي تجعله نظاما قانونيا يحد من مبدأ سلطان الإرادة في بناء العقد شكلا ومضمونا⁶⁰. هذه العناصر نقسمها إلى عناصر توجد في أي عقد – بيانات عامة - (أولا) ، بالإضافة إلى بيانات خاصة بكل عقد ابتدائي سواء في بيع العقار في طور الانجاز أو الإيجار المفضي إلى تملك العقار (ثانيا).

أولا- البيانات العامة

بالرجوع إلى مقتضيات كل من الفصل 3-618 مكرر⁶¹ الذي يعتبر من جديد القانون 107.12 والمادة 7 من القانون 51.00⁶²، نجد المشرع المغربي حدد مجموعة من البيانات العامة، التي لا يكاد عقد من عقود بيوع العقارات أن يخلو منها.

-
- 59_ رضوان عسة، مرجع سابق، ص 96 .
- 60_ علي الرام : " بيع العقار في طور البناء على ضوء أحكام القانون المغربي "، أطروحة لنيل الدكتوراه في قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2004 ، ص 105 .
- 61_ ينص الفصل 3-618 مكرر على ما يلي : " يجب أن يتضمن عقد البيع الابتدائي على الخصوص البيانات التالية :
- 1- هوية الأطراف المتعاقدة؛
 - 2- محل المخابرة المتفق عليه مع وجوب الاخبار في حالة تغييره؛
 - 3- رقم الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ مع تحديد الحقوق العينية والتحملات والارتفاقات الواردة على العقار؛
 - 4-
 - 5- موقع العقار محل البيع ووصفه ومساحته التقريبية؛..... " .

62_ تنص المادة 7 من القانون 51.00 على ما يلي: " يجب أن يتضمن عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار العناصر التالية :

- هوية الأطراف المتعاقدة؛
- مراجع العقار محل العقد؛
- موقع العقار ووصفه كليا أو جزئيا؛

ويستفاد من مقتضيات السالفة الذكر، أن مضمون العقد الابتدائي يحتوي على عدة بيانات عامة، وهي هوية الأطراف المتعاقدة، محل العقد (العقار)، الثمن، وكذلك موقع العقار، لكن إذا كان المشرع المغربي أورد عبارات واضحة فيما يخص الثمن وموقع العقار في البيع الابتدائي في بيع العقار في طور الانجاز، وجاء هذا مع التعديل الأخير بموجب القانون 107.12 ، فإن القانون السابق كان يشوبه الغموض، وهذه من المحاسن التي تحسب للمشرع .

هذا عكس القانون 51.00 الذي ما زالت عبارات المادة 7 منه على وجه الخصوص يشوبها نوع من الغموض، ونتمنى من المشرع المغربي أن يتدخل لتعديل ما يمكن تعديله كما فعل في القانون 107.12 .

وللإشارة فإذا كان المشرع المغربي من خلال الفصل 3-618، كان لا ينص صراحة على أن البيانات يجب توفرها في العقد الابتدائي، فإن في القانون 107.12 نص صراحة على ذلك بموجب الفقرة الأولى من الفصل 3-618 مكرر، وذلك لتوفير نوع من الحماية للمستهلك. ولا ننسى كذلك أنه نظرا للخلل الواضح في تركيبه ومضمون هذه العناصر فإن القانون الجديد اضطر إلى مراجعة هذه البيانات وإعادة ترتيبها بنوع من الدقة في الفصل (3-618 مكرر)⁶³.

إنه وبعد إجراء مقارنة بين القانون 107.12 والقانون 51.00 نستنتج أن المشرع المغربي أورد تلك البيانات على سبيل الحصر في القانون 51.00 التي تؤكد عبارة " يجب أن يتضمن...العناصر ..." في حين لم يستطع القانون الخاص ببيع العقار في طور الانجاز التخلص من عبارة " **على الخصوص** " التي تفيد المرونة، وتعطي لأطراف العقد الابتدائي إضافة بعض البيانات، وهو ما ينقص من الحماية المقررة للطرف الضعيف في العقد، حيث يصبح معرض لشروط مجحفة يمكن أن يضمنها الطرف المهني، بالرغم من استعماله عبارة " يجب أن يتضمن العقد الابتدائي ..." وكذلك لغة الأرقام في ترتيب البيانات التي تفيد

⁶³ - ثمن البيع المحدد غير قابل للمراجعة؛ " .
عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات..."، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الخامسة 2016، مرجع سابق، ص 251.

الحصر. هذا فيما مضمون العقد الابتدائي من حيث البيانات العامة، فماذا عن خصوصيات العقد الابتدائي ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في النقطة الموالية.

ثانيا: خصوصيات العقد الابتدائي في بعض البيوع العقارية

باعتبار أن لكل عقد مميزات، فإن مضمون العقد الابتدائي في بيع العقار في طور الانجاز له خصوصياته (أ)، كما للإيجار المفضي إلى تملك العقار خصوصياته (ب)، وهو ما سنحاول بيانه في حينه .

أ- خصوصيات العقد الابتدائي في القانون رقم 107.12

بالرجوع إلى القانون رقم 107.12، وخاصة الفصل 3-618 مكرر منه الذي نص على عدة خصوصيات تميز العقد الابتدائي في بيع العقار في طور الانجاز، حيث نجد تاريخ ورقم رخصة البناء، بحيث حقق توازن مع تعديل و تغيير صياغة الفصل 5-618 الذي أصبح ينص على ما يلي: " لا يجوز إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الانجاز إلا بعد الحصول على رخصة البناء ".

- بالإضافة إلى ما يتطلبه ذلك من ذكر لمراجع ضمانات استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ البائع للعقد أو ضمانات إنشاء الأشغال أو التأمين.

- وحرصا من المشرع المغربي في خلق جو من الوضوح والشفافية بين المتعاملين والقضاء على ظاهرة النصب والاحتيال في المعاملات العقارية ولتوفير أكبر قدر ممكن من الحماية في العقد الابتدائي⁶⁴، فإنه جعل بمقتضى الفصل 6-618 من ق.ل.ع طلب أو قبول الأداء قبل التوقيع على العقد الابتدائي باطلا، وبهذا يكون المشرع عمل على توفير ضمانات لا تقل أهمية عن الضمانة السابقة خصوصا وأنه أقرنها بجزاء البطلان .

⁶⁴ _ مليكة الهلالي، مرجع سابق، ص 35 .

- فضلا عن العنصر الخاص بدفتر التحملات، حيث بالرجوع إلى الفصل 4-618⁶⁵، ويشكل هذا الدفتر وثيقة ذات طبيعة مزدوجة تعاقدية ونظامية ترتب آثارا بالنسبة للأطراف سواء كانوا أشخاص القانون الخاص أو القانون العام⁶⁶.

وإعداد دفتر التحملات للمبنى المزمع إنشاؤه يعد بمثابة التزام يقع على عاتق البائع، كما سيتم توضيح ذلك في المطلب الموالي، وتتجلى أهميته في كونه يحدد التزامات كل من الطرفين على حدى ومكونات المشروع ومشتملاته وما أعد له ونوع الخدمات والتجهيزات التي يتوجب إنجازها وأجل الإنجاز والتسليم، بحيث يكون هذا الدفتر حاملا لعبارة " غير قابل للتغيير " و ذلك ضمانا لحماية أكبر للمشتري⁶⁷.

ب- خصوصيات العقد الابتدائي في القانون رقم 51.00

تتجسد خصوصيات العقد الابتدائي في الإيجار المفضي إلى تملك العقار في عدة بيانات خاصة لا نجد لها مثيل في العقود الأخرى، ونذكر منها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ما يلي:

- مبلغ التسبيق عند الاقتضاء وتحديد الوجيبة التي يتحملها المكثري المتملك وطريقة تسديدها وكذا كيفية خصم الوجيبة من ثمن البيع، وهو ما نصت عليه المادة 7 من القانون رقم 51.00.

- مراجع عقد التأمين المبرم من قبل البائع، حيث يتعين كذلك الإشارة في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار إلى مراجع بوليصة التأمين، ذلك أن البائع ملزم بقوة القانون بإبرام عقد التأمين لضمان العقار⁶⁸، حيث يعد كل بائع ملزم بالضمان بعقد التأمين، سواء أكان من أشخاص القانون العام أو الخاص، ويشمل الضمان جميع الالتزامات التي يتحملها البائع سواء المنصوص عليها في القانون أو المنظمة بمقتضى القواعد العامة على اعتبار أن البائع يبقى

⁶⁵ راجع الفصل 4-618 من القانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقار .

⁶⁶ نقلا عن جيلالي بوحبص: "الإشكاليات القانونية المتعلقة ببيع العقار في طور الانجاز ر في طور الانجاز"، مجلة

البحوث، عدد 7، ص 13 وما بعدها، مليكة الهلالي، مرجع سابق، ص 35 .

⁶⁷ مليكة الهلالي، مرجع سابق، ص 36 .

⁶⁸ العربي مياد، مرجع سابق، ص 41 .

مالك العقار إلى حين إبرام عقد البيع النهائي، وبالتالي يعتبر مبدئياً هو المسؤول عن الضرر الذي يحدثه انهياره أو تدممه الجزئي⁶⁹.

- شروط مزاولة حق الخيار وفسخ العقد، هي شروط يتفق عليها أطراف عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار في المرحلة التمهيديّة لإبرام العقد ويتم تفعيلها إلزامياً عند التوقيع على العقد⁷⁰، والتساؤل الذي يطرح هو، هل من حق المتعاقدين إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بطريقة إلكترونية وما يترتب عليه من توقيع إلكتروني؟

- تاريخ بدأ الانتفاع من العقار، وهو البيان الأخير الذي نص عليه المشرع المغربي من خلال المادة 7 من القانون رقم 51.00، وهذا المقتضى يتناقض مع الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من القانون السالف الذكر، التي خولت للمكثري المتملك حق الانتفاع من العقار بمجرد إبرام العقد. وتحديد تاريخ بدأ المكثري المتملك في الانتفاع من العقار فيه حفاظ على حقوق المستهلك في مواجهة البائع الذي غالباً ما يكون مهنيًا محترفاً⁷¹. فإذا كان هذا عن انعقاد العقد الابتدائي وما يتطلبه من عناصر، فماذا عن آثار العقد الابتدائي؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: آثار العقد الابتدائي.

إن العقد الابتدائي هو عقد ملزم لجانبيين، بحيث إذا أبرم صحيحاً تترتب عنه مجموعة من الآثار، تتمثل في الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد والتي تعتبر في النفس الوقت حقاً متبادلاً⁷².

هذا ما يدفعنا إلى الحديث عن تلك الآثار في كل من بيع العقار في طور الإنجاز، والإيجار المفضي لتملك العقار، وذلك من خلال تحديد الالتزامات المقررة للطرف القوي في العقد (المنعش العقاري)، وذلك في (الفقرة الأولى)، وكذلك تحديد الالتزامات المتعلقة

69_ رضوان عسة، مرجع سابق، ص 98.

70_ العربي مياد، مرجع سابق، ص 41 و 24.

71_ محمد الرايسي: "الإيجار المفضي إلى تملك العقار"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة محمد الخامس- الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال - الرباط، السنة الجامعية

2005-2006، ص 40.

72_ جيلالي بوحبس: "عقد الإيجار المفضي إلى التملك بين قانون رقم 51.00 وقانون الالتزامات والعقود"، مجلة القانون المغربي، العدد 10 شتنبر 2006، ص 139.

بالطرف الضعيف (المستهلك)، في (الفقرة الثانية)، مع تسليط الضوء على بعض المظاهر الحمائية والحقوق المقررة وفق هذا العقد لحماية الطرف الضعيف، على اعتبار أن الغاية من إبرام العقد الابتدائي هو ضمان حقوق المشتري أو المكتري المتملك إلى حين وصول أجل العقد النهائي⁷³.

الفقرة الأولى: التزامات الطرف القوي في العقد الابتدائي.

باستقراءنا للنصوص المنظمة للعقد الابتدائي سواء فيما يتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز والإيجار المفضي لتملك العقار، يتضح جليا أن هناك علاقة غير متوازنة عامة، إذ هناك طرف قوي الذي يتميز بالاختصاص والخبرة الفنية والقدرة المالية، الأمر الذي يخل بالتوازن العقدي بين المتعاقدين. وهذا ما دفع بالمشرع إلى تحديد مجموعة من الالتزامات على عاتق الطرف القوي التي من الممكن أن تساهم في حماية المستهلك أثناء تكوين العقد الابتدائي، وأثناء تنفيذه⁷⁴ وهذا ما سنحاول تحديده وفق ما يلي:

أولاً: التزامات البائع في عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز

يلتزم البائع باحترام شروط دفتر التحملات وبعدهم التأخير عن إنجاز العقار في الأجل، وتقديم مجموعة من الضمانات للمشتري والالتزام بالتعويض في حالات محددة.

- احترام البائع لشروط دفتر التحملات:

بالرجوع للفصل 7-618 من ق ل ع، نجده ينص على ما يلي: "يتعهد البائع باحترام التصميم الهندسية وأجل إنجاز البناء، وبصفة عامة باحترام شروط دفتر التحملات المشار إليه في الفصل 4-618 أعلاه".

ودفتر التحملات كما تمت الإشارة إليه سابقا، يجب أن يضعه البائع وأن يكون مطابقا للتصميم المعماري والمرخص به، يتضمن مكونات المشروع وما أعد له ونوع الخدمات والتجهيزات التي يتوجب إنجازها وأجل الإنجاز والتسليم⁷⁵.

⁷³ جميلة العماري، مرجع سابق، ص 57.

⁷⁴ عبد العزيز معناني، مرجع سابق، ص 23.

⁷⁵ راجع الفصل 4-618 من القانون 107.12.

ما يلاحظ من خلال الفصل 7-618 أن المشرع خفف من وطأة الالتزام أنف الذكر لما جعل بإمكان المشتري إمهال البائع بأجل إضافي⁷⁶، حيث جاء في الفقرة الثانية من الفصل 7-618 ما يلي: "غير أنه يمكن للبائع، عند الاقتضاء، الاستفادة من أجل إضافي لإتمام أشغال بناء العقار لا يتجاوز مدته ستة أشهر مع إخبار المشتري بذلك داخل أجل شهر قبل تاريخ انصرام أجل اتمام الأشغال الأصلي".

- تقديم البائع للضمانات والتأمينات:

قبل تعديل 12-107 كان المشرع ينص في الفصل 9-118 "على البائع أن يقيم لفائدة المشتري ضمانات بنكية أو أية ضمانات أخرى مماثلة، وعند الاقتضاء تأميناً..." فغموض هذه المصطلحات كان مثاراً لكثير من التساؤلات، بالإضافة أن الهدف من إنشاء البائع لواحد من هذه الضمانات الملقاة على عاتقه كان يقتصر على حفظ حق المشتري في استرداد الأقساط المدفوعة للبائع لا غير، بحيث لا تشمل تغطية باقي المخاطر الأخرى التي قد تلحق المشتري بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزاماته العقدية التي يتعهد بها⁷⁷.

جاء قانون 12-107 بمجموعة من المستجدات بهذا الخصوص حيث نص الفصل 9-618 في صيغته الجديدة "يتعين على البائع بعد توقيع عقد البيع الابتدائي أن يقدم لفائدة المشتري إما ضمانات إنهاء الأشغال أو ضمانات استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ العقد".

وتعتبر ضمانات إنهاء الأشغال من اقتراح المجلس الاقتصادي والاجتماعي و البيئي باعتبارها ضمانات جديدة تكون مخصصة لخدمة مصالح الفئات المشتري والتي يطلع إليها المشتري و المتمثلة في حصوله على العقار الذي اقتناه مع احترام الآجال المحددة للتسليم ومراعاة لأهمية هذه الضمانات، فإن المشرع لم يتردد في الأخذ بها⁷⁸.

- التزام البائع بالتعويض عن التأخر في الإنجاز:

⁷⁶ محمد بن أحمد بونبات، مرجع سابق، ص 68.

⁷⁷ عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات - الكتاب الأول - نظرية العقد"، طبعة 2016، مرجع سابق، ص

271.

⁷⁸ عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات - الكتاب الأول - نظرية العقد"، طبعة 2016، مرجع سابق، ص 271.

يلتزم البائع بتعويض المشتري عن التأخر في الإنجاز⁷⁹، سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا تابعا للقطاع الخاص أم تابعا للدولة، فالحكم هذا عام وشامل دون تمييز، حيث يقع على البائع واجب تنفيذ شروط دفتر التحملات وإنجاز العقار في الأجل المتفق عليه، فلو طرأ على هذا الالتزام تأخير يعزى إلى عمل البائع فإن هذا الأخير يلزمه تعويض المشتري بنسبة 1% عن كل شهر من المبلغ المؤدى على أن لا يتجاوز هذا التعويض في إجماله 10% في السنة⁸⁰.

- الالتزام بالتعويض عن الفسخ:

على خلاف الفصل السابق الذي كان يفرض تعويضا لا يزيد على 10% من ثمن البيع، نجد قانون 107-12 قام بتعديل الفصل 618-14 من خلال تأكيد على أنه " في حالة فسخ عقد التخصيص أو العقد الابتدائي من لدن أحد الطرفين، سيستحق المتضرر من الفسخ، مع مراعاة مقتضيات الفصل 618-19 أدناه، تعويضا محددًا في:

- 15% من المبالغ المؤداة إلى حين الانتهاء من الأشغال الكبرى لمجموع العقار

- 20% من المبالغ المؤداة إلى حين الانتهاء من الأشغال النهائية والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة .

غير أنه يحق للمشتري فسخ العقد دون تحمل أي تعويض إذا تجاوز البائع الأجل المتفق عليه لتسليم العقار مع مراعاة مقتضيات الفصل 618-7 أعلاه وفي هذه الحالة يستحق المشتري تعويضا محددًا في 20% من المبالغ المؤداة.

يعفى المشتري من أداء التعويض إذا تم الفسخ قبل انتهاء أجل الثلاثين يوما من تاريخ إبرام عقد التخصيص.

⁷⁹ ينص الفصل 618-12 في فقرته الثانية على ما يلي: " في حالة تأخر البائع عن إنجاز العقار في الأجل المحدد فإنه يتحمل تعويضا بنسبة 1% عن كل شهر من المبلغ المؤدى على أن لا يتجاوز هذا التعويض 10% في السنة ".
⁸⁰ محمد بن أحمد بونبات، مرجع سابق، ص 71 .

ثانيا: التزامات البائع في عقد الإيجار المعفي لتمام العقار

بالرجوع إلى مقتضيات قانون 51-00 يمكن التمييز بين نوعين من الالتزامات، عامة منصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، والالتزامات تجد مصدرها في القانون المتعلق بالإيجار المفوضي إلى تملك العقار .

أ- الالتزامات المنصوص عليها في ق ل ع

نجد أن المادة 13⁸¹ من قانون 51-00 موضوع الدراسة أحتلت بالنسبة للبائع على الواجبات المتعلقة بالتسليم والضمانة على قانون الالتزامات والعقود، وخاصة المتعلقة بعقد الكراء خاصة الفصول من 625 إلى 662 من ق ل ع، وبالرجوع إلى المادة 635 نجدها تنص على ما يلي " يتحمل المكري بالتزامين أساسيين:

1- الالتزام بتسليم الشيء المكثري للمكثري.

2- الالتزام بالضمان"

وجاءت باقي الفصول لتوضح هذه الالتزامين.

ب- الالتزامات المنصوص عليها في قانون رقم 51.00

- الالتزام باحترام حق الافضالية الممنوح للمكثري الممتلك:

هذا الحق هو حق قانوني نصت عليه المادة 11 وبالتالي فيمكن المطالبة به حتى ولو لم ينص العقد المبرم بين الطرفين ويتم اقرار هذا الحق اتجاه الدائنين غير المرتهنيين ذلك أن المرتهن له حق الامتياز على المكثري الممتلك.

- الالتزام بمعاينة العقار بحضور المكثري الممتلك:

وذلك أثناء إبرام العقد وحالة الفسخ، وهذا الالتزام نصت عليه المادة 12 من قانون 51-00⁸² ولعل السبب في ذلك يعود إلى ضرورة الحفاظ على حقوق الطرفين معا

⁸¹ راجع المادة 13 من قانون رقم 51.00 .

⁸² تنص المادة 12 من القانون 51.00 على أنه: " يجب على البائع أن يقوم بمعاينة العقار بحضور المكثري الممتلك أثناء إبرام العقد وبمعاينة أخرى في حالة الفسخ ... " .

فيما في ما يمكن أن ينشأ من دعاوى شخصية الهدف منها مطالبة البائع بالأضرار اللاحقة بالمحل⁸³.

- التأمين على العقار:

يعتبر التأمين على العقار من الالتزامات التي يتحملها البائع قبل إبرام عقد الايجار المفضي إلى تملك العقار، حيث يجب أن يضمن العقد مراجع عقد التأمين من قبل البائع لضمان العقار تطبيقاً لما قضت به المادة 7 من قانون رقم 51-00 .

ويغطي عقد التأمين كافة التزامات البائع التي تشكل مخاطر، وبذلك تتحقق ولاشك حماية مثالية للمكثري المستهلك كمستهلك⁸⁴.

- الالتزام بتحمل مصاريف الإصلاحات:

يقصد بالإصلاحات الكبرى تلك الواردة على العناصر التي يركز عليها ثبات أو صلاية العقار، وكذا جميع العناصر المكونة له أو الملازمة لها، فهو ما نصت عليه المادة 13 من قانون رقم 51-00 التي جاء فيها "... يلتزم البائع بتحمل مصاريف الإصلاحات الواردة على العناصر التي يركز عليها ثبات أو صلاية العقار وكذا جميع العناصر المكونة له أو الملازمة لها".

الفقرة الثانية: التزامات الطرف الضعيف في العقد الابتدائي

من خلال تحديدنا لالتزامات الطرف القوي التي تعتبر حقوقاً بالنسبة للطرف الضعيف، في هذه الفقرة سنتحدث عن التزامات هذا الأخير في العقد الابتدائي وذلك من خلال تحديد التزامات المشتري في عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز وكذلك معالجة أهم الالتزامات المفروضة على المكثري الممتلك في الإيجار المفضي لتملك العقار وذلك وفق ما يلي :

⁸³ _ جيلالي بوحبص، مرجع سابق، ص 143 .

⁸⁴ _ رضوان عسة، مرجع سابق، ص 112 .

أولاً: التزامات المشتري في عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز

- أداء جزء الثمن تبعا لتقدم الأشغال:

لما كان بيع العقارات في طور الإنجاز عقداً يمتد في الزمن على مراحل تبعا لاتفاق الأطراف فإنه يختلف عن البيع الناجز الذي يلزم بانعقاده حصول التسليم للشيء المبيع وأداء الثمن المتفق عليه، لذلك أن جوهر هذا العقد الممتد في الزمن، هو أداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال⁸⁵. وهذا ما أوضحه الفصل 6-618 من ق ل ع عندما نص على ما يلي " يؤدي المشتري كحد أقصى قسما من الثمن الإجمالي تبعا لتقدم الأشغال حسب المراحل التالية:

- 5% عند إبرام عقد التخصيص

- 5% عند إبرام العقد الابتدائي أو 10% عند عدم وجود عقد التخصيص

- التعويض عن التأخير في الأداء:

هذا الالتزام نص عليه الفصل 12-618 من ق ل ع عندما نص على أنه " في حالة التأخير عن أداء الأفعال حسب المراحل المنصوص عليها في الفصل 6-618 أعلاه، يتحمل المشتري تعويضا لا يتعدى 1% عن كل شهر من المبلغ الواجب دفعه، على أن لا يتجاوز هذا التعويض 1% في السنة.

- إشعار المشتري البائع بالتخلي عن حقه للغير:

بالرجوع إلى الفصل 13-618 نجده ينص على " أنه يجوز للمشتري التخلي عن حقوقه المترتبة عن بيع العقار في طور الإنجاز لشخص آخر.

يجب أن يتم هذا التخلي وفق الشكل والكيفية المقررين لعقد التخصيص، أو لعقد البيع الابتدائي والمنصوص عليها في الفصول 3-618 مكرر و 3-618 مكرر مرتين أعلاه.

ويسري هذا التخلي في مواجهة البائع إلا إذا بلغ به بإحدى الطرق الممتدة قانونا.

تنتقل بقوة القانون، حقوق والتزامات البائع إلى المشتري الجديد ".

⁸⁵ _ محمد بن أحمد بونبات، مرجع سابق، ص 55 .

- تعويض المشتري للبائع عند الفسخ الإرادي:

خول الفصل 14-618 أحد المتعاقدين في بيع العقار في طور الإنجاز الحصول على تعويض في حالة فسخ العقد، ويتعلق الأمر هنا بفسخ صادر عن المشتري بإرادته المنفردة أثناء قيام العقد الابتدائي⁸⁶. " في حالة فسخ عقد التخصيص أو العقد الابتدائي من لدن أحد الطرفين يستحق المتضرر من الفسخ، مع مراعاة مقتضيات الفصل 19-618 أذناه، تعويضاً...".

ثانياً: التزامات المكثري المتملك في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

يتحمل المكثري المتملك مجموعة من الالتزامات التي نص عليها المشرع في القانون رقم 00-51 وخصوصاً المواد من 8 إلى 10 .

- أداء الوجيبة⁸⁷:

تعتبر الوجيبة أحد العناصر الجوهرية في هذه المعاملة، وهي عبارة عن مبلغ من المال يؤدي في شكل دفعات في أجل استحقاقها⁸⁸. وهذه الوجيبة تتكون من جزئين: جزء يتعلق بحق الانتفاع من العقار والآخر يتعلق بالأداء المسبق لثمن تملك العقار، وترك القانون تحديد كل جزء وقيمه إلى إرادة طرفي العقد.

وبهذا يتعين على المكثري المتملك أداء الأقساط المتفق عليها في الزمان والمكان، وتكون هذه الأقساط نقدية وهذا ما يميزها عن الوجيبة الكرائية التي قد تكون عقداً و مختلطة أي في جزئها نقداً والجزء الآخر عينية أو غيرها⁸⁹.

وهذا وأن الأداء في جميع الأحوال لا يتم إلا بعد التوقيع على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار⁹⁰.

⁸⁶ محمد بن أحمد بونبات، مرجع سابق، ص 66 .

⁸⁷ راجع المادة 8 من القانون 51.00 .

⁸⁸ محمد الرايسي، مرجع سابق، ص 56 .

⁸⁹ العربي مياد، مرجع سابق، ص 43 .

⁹⁰ أنظر المادة 14 من القانون رقم 51.00 .

-أداء تكاليف صيانة العقار:

نجد في هذا الصدد المادة 9 في فقرتها الأخيرة تنص " يلتزم المكثري الممتلك ابتداء من تاريخ بدء الانتفاع بما يلي:

...-

...-

- أداء تكاليف صيانة العقار كما هي محددة في الفصل 639...⁹¹

وبالرجوع إلى الفصل 639 المذكور فإن المكثري غير ملزم بالإصلاحات الكرائية أو الصيانة البسيطة إلا إذا كلف بها بمقتضى الاتفاق أو العرف⁹².

وهذه الإصلاحات هي التي تجري لبلاط الغرف وزليجها، إذا لم يتكسر منه إلا بعض وحداته⁹³.

- استعمال العقار بعناية⁹⁴:

نص المشرع في المادة 9 من قانون رقم 51-00 على أنه المكثري الممتلك ملزم باستعمال العقار بعناية الحازم الضابط لشؤون نفسه وفق الغرض المعد له بمقتضى عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار.

وبالتالي إذا أقدم المكثري المستهلك على استعمال العقار لهدف آخر غير السكن⁹⁵، فإن عمله هذا يعد اخلافا بالتزاماته التعاقدية⁹⁶، وتبعاً لذلك يكون فسخ العقد هو الجزاء المقابل لهذا الإخلال، طبقاً لمقتضيات المادتين 20 و 22 من القانون 51-00 .

⁹¹ راجع الفصل 639 من قانون الالتزامات والعقود

⁹² العربي مياد، مرجع سابق، ص 43 .

⁹³ جيلالي بوحبص، مرجع سابق، ص 140 .

⁹⁴ أنظر الفقرة الأولى من المادة 9 من قانون 51.00

⁹⁵ راجع المادة 1 من القانون 51.00 .

⁹⁶ رضوان عسة، مرجع سابق، ص 141 .

-عدم ادخال تغييرات على العقار:-

من بين المسائل المرتبطة بحسن استعمال العقار، أن لا يقوم المكتري الممتلك بإدخال تعديلات عليه إنشاء مدة الانتفاع⁹⁷، وهذا ما نصت عليه المادة 10 من قانون 51-00 بحيث "يمنع إدخال أي تغيير على العقار من شأنه بتهديد سلامة وأمن السكان وحسن التجهيزات أو صلاية العقار أو جزء منه " إلا أن القانون أجاز للمكتري الممتلك وبعد موافقة البائع كتابة القيام على نفقته بأعمال من شأنها إدخال تحسينات على العقار⁹⁸ .

⁹⁷ _ محمد الرايس، مرجع سابق، 62 .

⁹⁸ _ جيلالي بوحبص، مرجع سابق، ص 141 .

خاتمة :

صحيح أن العقد الابتدائي يشكل أهمية قصوى على المستوى التعاقدى باعتباره يعطي مهلة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في التريث قبل إبرام العقد النهائي، وهو ما يخلق نوعا من التوازن العقدي، لكنه يبقى جد محدود، وهذا راجع إلى ضعف الحماية القانونية للمستهلك، خاصة في بعض البيوع العقارية التي غالبا ما يفرض الطرف القوي فيها شروطه، بالإضافة إلى الشروط التي حددها المشرع المغربي.

وأدى تعطيل العمل بأحكام القانون رقم 44.00، إلى تدخل المشرع المغربي بتاريخ 18 فبراير 2016 لتغيير وتنظيم القانون السابق، بموجب القانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز، حيث أشار في بعض مقتضياته إلى العقد الابتدائي عكس ما كان عليه الأمر في القانون السابق، وبهذا يكون المشرع المغربي قد نحى نحو حماية المستهلك في المرحلة الابتدائية .

أما القانون 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، لم ينص صراحة أن هناك مرحلة تسمى بالعقد الابتدائي، لكن الواقع العملي هو الذي أفرزه، ونأمل من المشرع أن يتدخل ليعيد النظر في أحكامه .

وفي الأخير، فإذا كان العقد الابتدائي يعتبر مرحلة حاسمة خاصة في البيوع العقارية، فإن التوازن العقدي يصعب تحقيقه، وهو ما يشكل عائقا أمام المستهلكين لتجاوز أزمة السكن، مما يؤدي إلى عدم تحقيق الأمن القانوني المرجو من القاعدة القانونية .

لائحة المراجع:

➤ الكتب :

- إدريس العلوي العبدلاوي: "وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي – القواعد العامة لوسائل الإثبات، الكتابة، الشهادة، القرائن، الإقرار، اليمين"، دون ذكر الطبعة، الطبعة الأولى 1977.

- جميلة العماري: "الوجيز في عقد البيع – دراسة على ضوء، قانون 53.05 لتبادل المعطيات الالكترونية بشكل إلكتروني وقانون 44.00 بيع العقار في طور الانجاز"، مطبعة سليكي أخوين- طنجة، الطبعة الثانية 2012.

- عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول- نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام"، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان .

- عبد السلام أحمد فيغو: "العقود المسماة – عقد البيع والمعاوضة في قانون الالتزامات و العقود المغربي –"، دون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية سنة 2000 .

- عبد القادر العرعاري: "الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع"، مطبعة دار الأمان، الطبعة الثالثة، الرباط 2011 .

- عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات، الكتاب الأول – نظرية العقد –"، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الخامسة سنة 2016 .

- عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات – الكتاب الأول، نظرية العقد –"، مطبعة الكرامة الرباط، الطبعة الثانية 2005 .

- عبد القادر العرعاري: "مصادر الالتزامات، الكتاب الأول – نظرية العقد –"، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الثالثة 2013 .

- محمد أحمد بونبات: "بيع العقارات في طور الانجاز، دراسة في ضوء القانون رقم 44.00 العقد الابتدائي، العقد النهائي، الضمانات"، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكش، الطبعة الأولى 2003.

- محمد العروصي: " المختصر في بعض العقود المسماة – عقد البيع والمقايضة والكراء – "، مطبعة مرجان، الطبعة الخامسة 2015 .
- محمد بن أحمد بونبات: " بيع العقار في طور الإنجاز، دراسة في ضوء القانون رقم 44.00 "، المطبعة و الوراقة الوطنية- مراكش، الطبعة الأولى، 2003 .

➤ الرسائل والأطروحات:

- محمد الرايسي: " الايجار المفضي إلى تملك العقار "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة محمد الخامس- الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – أكادال –الرباط، السنة الجامعية 2005-2006 .
- الطاهر القضاوي: " الوعد بالبيع – دراسة مركزة في العقار –"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- بالرباط .
- رضوان عسة: " عقد الإيجار المفضي على تملك العقار في ضوء القانون رقم 51.00 والقانون 31.08 "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-بسطات، السنة الجامعية 2012-2013 .
- صفاء مخشائي: " الإنعاش العقاري أية حماية للمستهلك "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- السويسي، أكتوبر 2011 .
- عبد العزيز معناني: " الحماية القانونية للمستهلك في بيع العقار قيد الانجاز – دراسة في ضوء القانون المغربي – "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس – السويسي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية - السويسي، السنة 2012.
- عزيز الناعيم: " تحرير العقود بين الرضائية والشكلية "، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – مكناس، السنة الجامعية 2012-2013 .

- علي الرام : " بيع العقار في طور البناء على ضوء أحكام القانون المغربي "، أطروحة لنيل الدكتوراه في قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2004 .
- عمر اليوسفي العلوي: " بيع العقار في طور الانجاز – بين النظر و التطبيق – "، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في المهن القضائية و القانونية، جامعة محمد الخامس- الرباط، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية- السويسي ، السنة الجامعية 2008-2009 .
- مليكة الهلالي : " بيع العقارات في طور الانجاز و دوره في التخفيف من أزمة السكن – دراسة على ضوء مستجدات مشروع القانون 107.12 الخاص بتتيم و تغيير القانون 44.00 "، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود و العقار، جامعة محمد الأول ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية- وجدة ، سنة 2015 .

➤ المقالات:

- وفاء جوهر : " بيع العقار في طور الانجاز "، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، أكتوبر 2009 .
- جيلالي بوحبص : " عقد الايجار المفضي إلى التملك بين قانون رقم 51.00 وقانون الالتزامات والعقود"، مجلة القانون المغربي، العدد 10 شتنبر 2006.
- العربي مياد : " الايجار المفضي إلى تملك العقار "، مجلة القضاء المدني، العدد الثاني- السنة الأولى، صيف/خريف 2010 .
- عبد القادر بوبكري: " توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية على ضوء مستجدات قانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية و القوانين ذات الصلة "، ندوة : المعاملات العقارية وإشكاليات توثيقها في ضوء المستجدات القانونية الجديدة ، جامعة القرويين فاس، كلية الشريعة- أكادير، مطبعة انفو – برانت .

الفهرس

2	مقدمة:
4	المبحث الأول: العقد الابتدائي وتمييزه عن بعض الاتفاقات التمهيدية الأخرى
4	المطلب الأول: تعريف العقد الابتدائي و طبيعته القانونية
4	الفقرة الأولى: مفهوم العقد الابتدائي
6	الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي
6	أولاً: موقف الفقه من طبيعة العقد الابتدائي
7	ثانياً: موقف القضاء من طبيعة العقد الابتدائي
9	المطلب الثاني: تمييز العقد الابتدائي عن بعد الاتفاقات التمهيدية الأخرى
9	الفقرة الأولى: تمييز العقد الابتدائي عن الوعد بالتعاقد
9	أولاً: العقد الابتدائي و الوعد بالشراء أو بالبيع
10	ثانياً: العقد الابتدائي والوعد بالتفضيل
11	الفقرة الثانية: تمييز العقد الابتدائي عن العربون
11	الفقرة الثالثة: تمييز العقد الابتدائي عن عقد التخصيص
13	المبحث الثاني: إبرام العقد الابتدائي في بعض البيوع العقارية وآثاره
13	المطلب الأول: انعقاد العقد الابتدائي
14	الفقرة الأولى: إلزامية تحرير العقد الابتدائي

أولاً: شكلية الكتابة في العقد الابتدائي من خلال القانون 107.12 والقانون 51.00	14
ثانياً: الجهة المختصة قانوناً بتحرير العقد الابتدائي	18
الفقرة الثانية: البيانات العامة الإلزامية في العقد الابتدائي وخصائصه	20
أولاً - البيانات العامة	20
ثانياً: خصائص العقد الابتدائي في بعض البيوع العقارية	22
المطلب الثاني: آثار العقد الابتدائي	24
الفقرة الأولى: التزامات الطرف القوي في العقد الابتدائي	25
أولاً: التزامات البائع في عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز	25
ثانياً: التزامات البائع في عقد الإيجار المعفي لتملك العقار	28
الفقرة الثانية: التزامات الطرف الضعيف في العقد الابتدائي	29
خاتمة :	34
لائحة المراجع:	35