

- اعفاء المزرع ملكيته أداء الضريبة عن الأرباح العقارية، لأن فقدته لعقاره لم يكن برغبته و التعويض الممنوح له لا يمثل الثمن الحقيقي للعقار وذلك بسبب وظيفته الاجتماعية و المصلحة العامة التي تسبق المصلحة الخاصة. كل هذا وغيره سبب يشفع للمزوعة ملكيته بالتمتع بالإعفاء الضريبي، ويبين الى أي حد يسعى المشرع الى خلق موازنة بين المصلحتين.

الاشتغال على مسطرة نزع الملكية ضرورة ملحة لأنها تعتبر اللبنة الأساسية التي من خلالها تشرع الدولة في أوراها الكبرى الرامية الى تنفيذ مشاريعها الاقتصادية والاجتماعية والتي من خلالها تتكون رصييدا عقاريا خاص بها.

المراجع القانونية المعتمدة

المراجع الفقهية:

- ابراهيم زعيم الماسي، تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 2010؛
- الكبير ربحاني، نزع الملكية العقارية الخاصة نت أجل المنفعة العامة بين الاعتداء المادي والحلول القضائية، طبعة 2024؛
- إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14-07 دار النشر المعرفة للنشر والتوزيع، مطبعة المعارف الجديدة الرباط-2015؛
- إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون رقم 39-08 دار النشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة الرباط-2015؛
- إكرام فالح الصواف، الحماية الدستورية والقانونية في حق الملكية الخاصة – دراسة مقارنة- دار زهران للنشر والتوزيع بالأردن، الطبعة الأولى 2010؛
- أحمد أجعون، الاعتداء المادي على الملكية العقارية: الإشكاليات العملية والحلول القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2015؛
- أحمد أجعون، المنازعات المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2017؛
- أحمد أجعون، اختصاصات المحاكم الإدارية في مجال نزع الملكية؛
- أكرم فالح أحمد الصواف، الحماية الدستورية والقانونية لحق المكية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2016؛
- ابراهيم زعيم: نظام الخبرة في القانون المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة تتم، مراكش، ص 3؛
- البشير باجي، شرح قانون نزع الملكية لأجل المنفعة العامة في ضوء القانون المغربي والقضاء والفقه والتطبيق، الكتاب الأول مطبعة ومكتبة الأمنية لسنة 1991؛
- المصطفى التراب، القضاء الإداري وحماية الملكية العقارية، مطبعة الأمنية سنة 2013؛
- العربي محمد ميا، العمل القضائي في دعاوى استيلاء الإدارة على الملكية العقارية- الاعتداء المادي، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2010؛
- باجي البشير، شرح قانون نزع الملكية لأجل المنفعة العامة: في ضوء القانون المغربي والقضاء والفقه والتطبيق، مطبعة ومكتبة الأمنية 1991؛
- ماهر أبو العينين، القضاء الإداري-دعوى الإلغاء، مكتبة صادر- دار المنشورات الحقوقية، 1998؛
- محمد الفروجي، قانون نزع الملكية في ضوء العمل القضائي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2013؛
- محمد محجوبي، دعوى نقل الملكية وإجراءاتها أمام المحكمة الإدارية-دراسة عملية-الطبعة الأولى 2004؛
- محمد بفقير، قضايا نزع الملكية لأجل المنفعة العامة- في قضايا الغرفة الإدارية بمحكمة النقض من سنة 2013 الى سنة 2018 – منشورات دراسات قضائية سلسلة عمل قضاء المحاكم المغربية؛
- محمد ابن الحاج السلمي، مسطرة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت في القانون المغربي الطبعة الثانية 2021؛
- محمد الكشور، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة: الأسس القانونية والجوانب الإدارية والقضائية، مطبعة النجاح الجديدة 1989؛

- أحمد ممثي، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاعتداء المادي، دراسة قانونية وقضائية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، والاجتماعية-طنجة؛
- نهاد القاسمي: عدالة التعويضات في نزع الملكية من أجل المنفعة العام، دراسة قانونية وقضائية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، السنة الجامعية 2016/2017، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، والاجتماعية-طنجة

دور عقد التخصيص في حماية مشتري العقار في طور الإنجاز

The Role of the Reservation Contract in Protecting the Purchaser of Property Under Construction

الباحث: عبد الفتاح عسلوج

طالب باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- جامعة محمد الخامس السويسي بالرباط

ملخص

يسعى هذا البحث إلى دراسة دور عقد التخصيص في حماية مشتري العقار في طور الإنجاز، من خلال الوقوف عند الغاية من إقراره ضمن التعديلات التي أدخلها المشرع المغربي على القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز، بموجب القانون رقم 107.12. وينطلق هذا البحث من ملاحظة مفادها أنه بالرغم من الحماية التي توخاها القانون رقم 44.00 لفائدة المشتري باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فإن هذا القانون عرف عدة صعوبات عملية حدّت من فعاليته، بسبب لجوء عدد من المنعشين العقاريين إلى التملص من مقتضياته، خاصة خلال المرحلة السابقة لإبرام العقد الابتدائي. وقد حاول البحث إبراز الكيفية التي تدخل بها المشرع لتنظيم مرحلة ما قبل العقد الابتدائي، تحت مسمى "عقد التخصيص"، باعتباره آلية تعاقدية تروم تعزيز حماية المشتري، من خلال إقرار مجموعة من الضمانات، وعلى رأسها حق التراجع، وضمان استرجاع المبالغ المدفوعة، وتحديد سقف التسبيقات المالية. كما تناول الدور الذي يمكن أن يضطلع به عقد التخصيص في تفعيل قانون بيع العقار في طور الإنجاز، من خلال الحد من الممارسات التي كانت تؤدي إلى تعطيل تطبيقه، ولاسيما مسألة التعاقد قبل إنهاء أشغال الأساسات الكبرى على مستوى الطابق الأرضي، وكذا مخالفة الشكلية المحددة لإبرام العقد الابتدائي. وقد انتهى البحث إلى أن عقد التخصيص يشكل آلية مهمة لتعزيز حماية المشتري وتفعيل القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز، غير أن فعاليته تظل رهينة بتجاوز بعض أوجه القصور التشريعي والعملي، وبالذات الذي يمكن أن يضطلع به القضاء في أعمال مقتضيات هذا التنظيم وتحقيق أهدافه.

الكلمات المفتاحية

عقد التخصيص - بيع العقار في طور الإنجاز - حماية المشتري - العقد الابتدائي - المنعش العقاري.

Abstract

This study seeks to examine the role of the reservation contract in protecting the purchaser of property under construction, by exploring the rationale behind its introduction within the amendments adopted by the Moroccan legislator to the law governing the sale of property under construction through Law No. 107.12. The study proceeds from the observation that, despite the protection sought by Law No. 44.00 in favor of the purchaser as the weaker party in the contractual relationship, this law encountered several practical difficulties that limited its effectiveness, due to the tendency of a number of real estate developers to circumvent its provisions, particularly during the stage preceding the conclusion of the preliminary contract. The study attempts to highlight the manner in which the legislator intervened to regulate the pre-preliminary contract stage under the designation of the "reservation contract," considering it as a contractual mechanism aimed at strengthening purchaser protection through the establishment of several safeguards, foremost among them the right of withdrawal, the guarantee of reimbursement of paid amounts, and the limitation of advance payments. The study also addresses the role that the reservation contract may play in activating the law

governing the sale of property under construction by limiting practices that previously hindered its application, particularly contracting before the completion of major foundation works at ground-floor level, as well as non-compliance with the formal requirements prescribed for the conclusion of the preliminary contract. The study concludes that the reservation contract constitutes an important mechanism for enhancing purchaser protection and ensuring the effectiveness of the law. Nevertheless, its effectiveness remains dependent on overcoming certain legislative and practical shortcomings, as well as on the role that the judiciary may play in enforcing the provisions of this legal framework and achieving its objectives.

Keywords

Reservation Contract – Sale of Property Under Construction – Purchaser Protection – Preliminary Contract – Real Estate Developer.

مقدمة

يعد العقار موطن استقرار الإنسان، ومجال عمرانه، ومورد متاعه، إلى حين²⁸⁰⁸. ولذلك فإن غريزة التملك التي فطر الله الناس عليها، هي أشد ارتباطا بالعقار، الذي ازدادت أهميته في يوم الناس هذا، لما أصبحت الملكية العقارية معتركا للتنافس والصراع بين أصحاب رؤوس الأموال، يوجهون بها الحركة الاقتصادية وفق مصالحهم²⁸⁰⁹، في ذات الوقت الذي أضحي فيه العقار أداة لتحقيق الأمن والاستقرار والسلم الاجتماعي²⁸¹⁰، ولاسيما عندما يتعلق الأمر بالسكن، باعتباره أحد أهم المؤشرات التي تقاس بها التنمية.

وهكذا، فقد أولت مختلف التشريعات عناية خاصة لتنظيم تداول الملكية العقارية، ضمن إطار قانوني يحفظ الحقوق، ويكفل تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية. فسارعت إلى إدخال مجموعة من التعديلات على نظرية العقد²⁸¹¹، قصد ملاءمتها مع المبادئ الجديدة التي زعزت أسس هذه النظرية²⁸¹² وصارت تفرض حماية الطرف الضعيف في العقد، وكذا مواكبة الأشكال التعاقدية المستحدثة²⁸¹³.

وفي هذا الإطار، عمل المشرع المغربي سنة 2002²⁸¹⁴، على تنظيم ما بات يعرف ببيع العقار في طور الإنجاز، الذي أفرزته الممارسة التعاقدية في مجال الإنعاش العقاري، وذلك بمقتضى القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز²⁸¹⁵، حيث اعتمد نظاما تعاقديا مزدوجا يمر عبر مرحلتين: مرحلة العقد الابتدائي، ومرحلة العقد النهائي.

2808 - قال تعالى في سورة البقرة: الآية 35: ﴿وَقُلْنَا اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ﴾.

2809 - أنور عبد الله سليمان جبر، انتقال الملكية العقارية بالبيع: دراسة مقارنة، طبعة 2011، منشأة المعارف-الإسكندرية، ص 3.

2810 - إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14-07، طبعة 2013، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، ص 3.

2811 - وذلك لأن العقد صار يعد بمثابة وسيلة ناجعة تستعملها الدولة لتنفيذ سياستها في الميادين الاقتصادية والاجتماعية، بعد أن كان مجرد أداة لتنظيم العلاقات بين الأفراد. - العربي محمد مباد، عقود الإذعان، دراسة مقارنة، مكتبة دار السلام-الرباط، ط 1، 2004، ص 120.

2812- Catherine Thibierge- Guelfucci, libre propose sur la transformation du droit des contrats, R.T.D. Civ (2), avril-juin 1997, p.357 et s.

2813- والتي ظهرت مع اتساع المجال العقدي بعد أن امتدت مؤسسة العقد لمجالات جديدة.

- JESTAZ Philippe, l'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi, rapport au journées savatier, octobre 1985, p.107.

2814 - وذلك بعد أن ظلت المعاملات التي تنصب على العقارات المستقبلية خاضعة للأحكام العامة، باعتبارها تطبيقا من تطبيقات بيع الأشياء المستقبلية الذي نظمها المشرع المغربي منذ صدور ظهير الالتزامات والعقود.

2815 - ظهير شريف رقم 1.02.309 صادر بتاريخ 3 أكتوبر 2002، بتنفيذ القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، ج.ر عدد 5054، بتاريخ 7 نونبر 2002، ص:3183 وما بعدها.

ورغم ما علق على هذا القانون من آمال في ضبط هذا النوع من المعاملات²⁸¹⁶، وتوفير الضمانات الكفيلة بحفظ حقوق المشتري باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية، فإن الواقع كشف عن عدة صعوبات حالت دون تطبيقه، مما استدعى تدخل المشرع مرة أخرى قصد إدخال مجموعة من التعديلات الهادفة إلى تفعيله. وهو ما تم بموجب القانون رقم 107.12²⁸¹⁷ الذي أضاف مرحلة جديدة لمسار العملية التعاقدية المتعلقة ببيع العقار في طور الإنجاز؛ وهي مرحلة عقد التخصيص²⁸¹⁸، وذلك بتوصية من المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي.

وهذا ما يدفع إلى التساؤل عن الغاية من إضافة هذه المرحلة التعاقدية، وعن الكيفية التي يمكن أن تسهم بها في تفعيل قانون بيع العقار في طور الإنجاز، بما يكفل حماية مصالح المشتري باعتباره الطرف الضعيف في العقد؟ ولمحاولة معالجة هذا الموضوع، سنقف بداية عند مظاهر حماية المشتري في مرحلة عقد التخصيص (المطلب الأول)، قبل التطرق إلى عقد التخصيص باعتباره آلية لتفعيل القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مظاهر حماية المشتري في مرحلة عقد التخصيص

أظهرت الممارسة العملية في مجال بيع العقار في طور الإنجاز، في ضوء القانون رقم 44.00، أن هناك عدة مشاكل تقع قبل إبرام العقد الابتدائي، وتمس أساسا بحقوق المستهلك²⁸¹⁹ الذي يعد بمثابة طرف ضعيف في هذه المعاملة. ولذلك فقد حرص المشرع المغربي، بمناسبة تعديل هذا القانون، على تنظيم مرحلة ما قبل العقد الابتدائي (الفقرة الأولى)، مراعيًا في ذلك ضرورة التنصيص على مجموعة من الوسائل الهادفة إلى حماية المشتري خلال هذه المرحلة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التنظيم القانوني لعقد التخصيص

يرجع الفضل في تنظيم عقد التخصيص، إلى توصية المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، الذي أوحى بضرورة تقنين مرحلة ما قبل العقد الابتدائي، قصد توضيح وتبسيط المساطر المتعلقة بكل مراحل بيع العقار في طور الإنجاز²⁸²⁰. وبناء على هذه التوصية، جاءت الصيغة النهائية للقانون رقم 107.12، المغير والمتمم لمقتضيات القانون رقم 44.00، تتضمن فصلين خاصين بتنظيم عقد التخصيص وهما الفصل 3-618 مكرر مرتين، والفصل 3-618 مكرر ثلاث مرات من ظ.ل.ع.

2816 - عبد القادر العرعري، تأملات في مقاصد الصياغة التشريعية الجديدة للقانون رقم 107.12 الرامي لإصلاح القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و26 نونبر 2016 بعنوان: العقار والتعمير والاستثمار، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة تكريما للأستاذ الحسين بلحساني، مركز إدريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية بوجدة، الجزء 1، ص 151.

2817 - ظهير شريف رقم 1.16.05، صادر بتاريخ 03 فبراير 2016، بتنفيذ القانون رقم 107.12 بتغيير وتتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز، المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

2818 - وذلك إلى جانب مجموعة من التعديلات الأخرى، التي سعى من خلالها المشرع المغربي إلى محاولة إيجاد نوع من التوازن بين حفظ حقوق المشتري، وتشجيع المعش العقاري.

2819 - لقد كان الاتجاه التقليدي يستبعد إمكانية اعتبار العقار محلا للاستهلاك، على أساس أن كلمة "استهلاك" تنسحب فقط على المواد التي تهلك بمجرد استعمالها. غير أن الفقه الحديث أصبح يرى بأن باقي الأموال بدورها يمكن أن تكون موضوعا للاستهلاك، سواء كانت عبارة عن منقولات أو عقارات، لأنها لم تعد تشكل عنصرا ثابتا من الذمة المالية، بل أضحيت لها مجموعة من الوظائف، بما فيها الاستجابة للحاجيات الشخصية والعائلية، شأنها في ذلك شأن باقي المواد الاستهلاكية بمعناها الدقيق. وبينما يرى البعض أن الخدمات العقارية هي التي تكون محلا للاستهلاك، فإن عبارة "المستهلك العقاري" قد أصبحت شائعة الاستعمال.

- Jean Picard, le consommateur immobilier, J.C.P, 1985, p 156.

- Pin-Chieh Jseng, La protection du consommateur immobilier, Dalloz, 2004.

- Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, Le Consommateur Immobilier: En Quête de Protection, Editions Yvon Blais, 2014.

- Laure Anne Mériquand-Tirefort, L'acquéreur immobilier est-il un consommateur, Dalloz, 2010.

2820 - لم يتضمن مشروع قانون 107.12 في صيغته الأولية تنظيم عقد التخصيص، إذ لم يدرج هذا العقد إلا بعد صدور رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي المتعلق بهذا المشروع، والذي أوصى بضرورة إدماج مرحلة التخصيص ضمن القانون المذكور.

- رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول إحالة مشروع قانون رقم 107.12، يغير ويتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود، ج.ر عدد 6297، بتاريخ 6 أكتوبر 2014، ص 7206.

وتبين قراءة هذين الفصلين أن المشرع المغربي لم يضع أي تعريف لعقد التخصيص (أولا)، لكنه بين شروطه وأحكامه، التي يمكننا صياغتها في شكل خصائص تحدد ماهيته (ثانيا).

أولا: تعريف عقد التخصيص

إذا كان المشرع المغربي لم يعرف عقد التخصيص، فإن الفقه قد انبرى لهذه المهمة التي تعد اختصاصا أصيلا له، حيث عرفه أستاذنا العربي محمد مباد بأنه هو "العقد السابق على العقد الابتدائي الذي بمقتضاه يتم إسناد رقم الشقة أو المنزل الذي في طور البناء للمستفيد المحتمل من المشروع"²⁸²¹. كما عرفه الأستاذ عثمان الشعابطي بقوله²⁸²²: "عقد التخصيص هو العقد الذي يستطيع بموجبه البائع أن يحصل على تسبق من المشتري، مقابل التزامه بتخصيص مسكن له"²⁸²³.

ويظهر أن هذا التعريف لا يختلف كثيرا عن التعريف الذي وضعه المشرع الفرنسي لعقد البيع الابتدائي²⁸²⁴، والذي يقضي بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء منه للمشتري، في مقابل إيداع ضمان في حساب خاص"²⁸²⁵.

وإذا كان المشرع الفرنسي هنا قد سعى هذا العقد باسم العقد الابتدائي «Contrat préliminaire»، فإنه بالرجوع إلى الأحكام المنظمة للبيع لأجل «La vente à terme»²⁸²⁶، وهو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الانتهاء من بنائه، ويلتزم المشتري بتسليمه ودفع الثمن عند التسليم، نجد هذا العقد يمثل مرحلة وسطا، بحيث يتلوه بالضرورة عقد آخر سماه المشرع الفرنسي بالمحرر الرسمي الذي يثبت اكتمال إنجاز العقار «acte authentique de l'achèvement de l'immeuble»، والذي يرتب، بقوة القانون، انتقال الملكية بأثر رجعي بناء على تاريخ إبرام عقد البيع لأجل²⁸²⁷.

وبناء عليه يبقى من المنطقي مقابلة عقد البيع لأجل مع ما يسمى عندنا بـ "العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز"، ومقابلة المحرر الرسمي الذي يثبت اكتمال إنجاز العقار بما يسمى عندنا بـ "البيع النهائي". أما المرحلة الأولى الاختيارية في كلا التشريعين، فيتقابل فيها "ما يسمى بالعقد الابتدائي في فرنسا «Le contrat préliminaire»، و"عقد التخصيص" في المغرب.

2821- العربي محمد مباد، الموجز في العقود المدنية الأكثر تداولاً: بيع العقار في طور الإنجاز، الإيجار المفضي إلى تملك العقار، الوكالة المبرمة خارج المغرب، ط 1، 2016، مطبعة الأمنية- الرباط، ص 19.

2822 - « Le contrat de réservation est celui en vertu duquel le vendeur peut obtenir une avance de l'acquéreur contre l'engagement de lui réserver un logement ».

2823 - Otmane CHAABTI, le contrat de vente d'immeuble en état future d'achèvement- étude à la lumière de la loi n° 107.12, revue Mohit des études et des recherches juridiques, N° 1, 2018, p.20.

2824 - وذلك بمقتضى المادة 11 من القانون رقم 67-3.

- Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction, JORF 4 janvier 1967 en vigueur le 1er juillet 1967.

2825 - Art 11: « La vente prévue à l'article 6 ci-dessus peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble ».

2826 - وهنا تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي نظم ما سماه ببيع العقار قيد البناء «construire» «La vente d'immeuble»؛ وميز فيه صورتين، وهما: صورة البيع لأجل «La vente à terme»، وصورة البيع حسب الحالة المستقبلية أو البيع في طور الإنجاز «La vente en l'état futur d'achèvement».

2827 - Article 1601-2 du code civil: « La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente ».

وبالرجوع إلى العمل القضائي نجد محكمة الاستئناف التجارية بفاس، تعطي ذات المعنى لعقد التخصيص، حيث كانت قد عرفته، تحت اسم "عقد الحجز"²⁸²⁸ الذي كانت تشهده الممارسة التعاقدية²⁸²⁹، بأنه: "العقد الذي يتم من خلاله التزام البائع بحجز عقار للمشتري في مقابل إيداع ضمان في حساب خاص"²⁸³⁰. وهنا لا بد من التذكير بأن النسخة الفرنسية للقانون رقم 107.12 تستعمل مصطلح «Le contrat de réservation» كمقابل لعقد التخصيص.

ثانيا: السمات المميزة لعقد التخصيص

انطلاقا من الفصلين الذين أفردهما المشرع المغربي لتنظيم عقد التخصيص، يمكن استنتاج مجموعة من الخصائص المميزة له. وأهمها:

أ- أنه عقد اختياري ومرحلي: حيث ينص الفصل 3-618 مكرر مرتين من ظ.ل.ع، على أنه "يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز...". وهذا يدل على أن إبرام عقد التخصيص يبقى مرحلة اختيارية، يمكن الاستغناء عنها بإبرام العقد الابتدائي منذ البداية؛

ب- أنه عقد شكلي: اشترط فيه المشرع أن "يجرر إما في محرر رسمي أو في محرر عرفي ثابت التاريخ وفقا للشكل المتفق عليه من الأطراف"²⁸³¹، كما نص على البيانات التي يتضمنها²⁸³². والملاحظ هنا، أن المشرع لم يتشدد في تحديد طبيعة المحرر، ولا في شخصية المحرر. كما لم يؤكد على وجوب احترام شكلية العقد والبيانات التي ينبغي أن يتضمنها، ولم ينص على جزاء البطلان حين مخالفة ذلك²⁸³³؛

ج- أنه عقد محدد المدة: حيث تمتد صلاحيته، حسب الفصل 3-618 مكرر ثلاث مرات من ظ.ل.ع، لمدة لا تتجاوز ستة أشهر غير قابلة للتجديد، تؤدي لزوما إلى إبرام عقد البيع الابتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص.

د- أنه يرد على عقار في طور الإنجاز: لكن لا يشترط هنا أن تكون أشغال البناء قد بدأت بالفعل، بل يكفي بوجود رخصة البناء²⁸³⁴.

هـ- أنه يمنح للمشتري مهلة للندم: حيث يبقى من حقه التراجع عن العقد خلال أجل لا يتعدى شهرا ابتداء من تاريخ إبرامه. وذلك بغض النظر عن الغرض الذي خصص له العقار محل التعاقد²⁸³⁵. فكانت هذه وسيلة إضافية لحماية المشتري، أقرها المشرع إلى جانب وسائل أخرى.

2828 - وقد ورد هذا الاسم كمرادف لعقد التخصيص في توصية المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، حين قال: "يوصي المجلس بإضافة مرحلة جديدة، هي مرحلة توقيع عقد حجز العقار قبل إبرام العقد الابتدائي". علما أن هذا الكلام جاء في فقرة عنوانها: "إدماج مرحلة جديدة أثناء البيع: مرحلة عقد التخصيص".
- رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول إحالة مشروع قانون رقم 107.12، م.س، ص 7206.

2829 - قبل تنظيمه من قبل المشرع المغربي بمقتضى القانون رقم 107.12.

2830 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1546، بتاريخ 10/3/2013، في الملف عدد 13/700، (غير منشور).

2831 - الفقرة الأولى من الفصل 3-618 مكرر مرتين من ظ.ل.ع.

2832 - بمقتضى الفقرة الثالثة من نفس الفصل.

2833 - وذلك بخلاف ما عليه الأمر بخصوص العقد الابتدائي.

2834 - ولا وجود لأي تناقض بين أطراف هذا الكلام، لأن إنجاز العقار يشمل، إلى جانب الأعمال المادية، قيام البائع بكل الأعمال القانونية للحصول على رخصة البناء وغيرها من الوثائق.

- على الرام، بيع العقار في طور البناء على ضوء أحكام القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-وجدة، السنة 2004، ص 111.

2835 - إذا كانت فلسفة مهلة الندم، تقوم على حماية إرادة المستهلك من التأثيرات اللحظية، كما سئزى في الفقرة الموالية، فإن المشرع المغربي قد عممها على كل من يشتري عقارا في طور الإنجاز، سواء أكان معدا للسكنى أو للاستعمال المني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي (الفصل 2-618 من ظ.ل.ع). وذلك بالرغم من أن المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي أوصى بحصر تطبيق قانون بيع العقار في طو الإنجاز في مجال العقارات المخصصة للسكن (وهذا هو المعمول به في فرنسا مثلا).

الفقرة الثانية: وسائل حماية المشتري في مرحلة عقد التخصيص

جاء تنظيم المشرع المغربي لعقد التخصيص بمجموعة من المستجدات الهادفة إلى تعزيز حماية مشتري العقار في طور الإنجاز، وعلى رأسها تمتيعه بحق التراجع عن العقد (أولا)، وضمان حقه في استرجاع المبالغ المدفوعة في حالة عدم إبرام العقد الابتدائي (ثانيا).

أولا: ضمان الحق في التراجع

منح القانون رقم 107.12 للمشتري الحق في أن يتراجع عن عقد التخصيص، متى رغب في عدم إتمام البيع، لأي سبب كان، شريطة أن يتم هذا التراجع خلال أجل لا يتعدى شهرا ابتداء من تاريخ إبرام عقد التخصيص. وفي هذه الحالة، يكون من الواجب على البائع أن يرجع للمشتري المبلغ المدفوع كاملا، داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام ابتداء من تاريخ ممارسة حق التراجع²⁸³⁶. ويهدف الحق في التراجع، أو ما يعرف بمهلة الندم، إلى تحصين الإرادة النفسية الأولية، بحمايتها من التسرع والانفعال، حيث يسمح بالانتقال من إرادة افتراضية قد تخفي مجرد نزوة أو رد فعل تلقائي، إلى إرادة قانونية مستنيرة ونهائية²⁸³⁷. ويعد الحق في التراجع من الحقوق الأساسية²⁸³⁸ التي جاء بها القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك²⁸³⁹، والذي يشكل إطارا مكملا للمنظومة القانونية في هذا المجال. لذلك فقد علل المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي ضرورة التنصيص على حق التراجع في قانون بيع العقار في طور الإنجاز بوجوب ملاءمة هذا القانون مع مقتضيات القانون المتعلق بحماية المستهلك²⁸⁴⁰.

وإذا كان القانون رقم 31.08 يمنح للمستهلك فقط أجل سبعة أيام من أجل ممارسة حقه في التراجع عن العقد²⁸⁴¹، فإن تنصيص قانون بيع العقار في طور الإنجاز على أجل أطول (شهر واحد)، يرجع إلى طبيعة محل التعاقد؛ إذ غالبا ما تكون الأجال المتعلقة بالعقار أطول من تلك التي تتعلق بالمنقولات.

ثانيا: استرجاع المبالغ المدفوعة في حال عدم إبرام العقد الابتدائي

تقضي الفقرة الثانية، من الفصل 3-618 مكرر ثلاث مرات من ظ.ل.ع، بأنه: "يجب على البائع في حالة تراجع المشتري عن عقد التخصيص، أن يرجع للمشتري المبلغ المدفوع كاملا داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام ابتداء من تاريخ ممارسة هذا الحق". وتضيف الفقرة الثالثة من نفس الفصل، أن مدة صلاحية عقد التخصيص تحدد "في في مدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر غير قابلة للتجديد تؤدي لزوما إلى إبرام عقد البيع الابتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة".

2836 - الفصل 3-618 مكرر ثلاث مرات من ظ.ل.ع.

2837 - RBII Jamal, Le droit de rétractation dans la loi 31.08 édictant des mesures de protection du consommateur, p.5.

مقال منشور ضمن أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بجامعة الحسن الأول بسطات، تحت عنوان: ضمانات حماية مستهلك الخدمات السياحية، ط 1، 2013، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء.

2838 - وهو ما أكدت عليه ديباجة القانون التالي ذكره. والذي نظم الحق في التراجع في ثلاثة أصناف من العقود، وهي:

- العقود المبرمة عن بعد؛
- والبيوع خارج المحلات التجارية؛
- وعقد القرض الاستهلاكي.

2839 - قانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، صادر بموجبه الظهير الشريف رقم 03.11.1، بتاريخ 8 فبراير 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5932، بتاريخ 7 أبريل 2011.

2840 - رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول إحالة مشروع قانون رقم 107.12، م.س، ص 7206.

2841 - المواد رقم 36 و49 و85.

وهكذا يتضح أن المشرع المغربي منح للمشتري الحق في استرجاع المبالغ المدفوعة للبائع كاملة، كلما تعذر المرور من مرحلة التخصيص إلى مرحلة العقد الابتدائي، سواء كان ذلك بسبب ممارسة المشتري لحقه في الرجوع داخل الأجل القانوني، أو بسبب انتهاء مدة صلاحية عقد التخصيص.

ولكي يضمن هذا الحق، منع المشرعُ البائع من التصرف في الأموال المدفوعة من قبل المشتري عند إبرام عقد التخصيص، إذ فرض عليه إيداعها في حساب بنكي خاص في اسمه، بحيث تكون هذه الأموال غير قابلة للتصرف أو الحجز إلى حين انقضاء أجل حق التراجع المتعلق بكل عقد²⁸⁴². وهنا تظهر محدودية هذا الإجراء، إذ كان من المفروض أن يمتد هذا الأجل إلى حين انقضاء مدة عقد التخصيص، كي نضمن للمشتري إمكانية استرجاع أمواله، في حالة عدم إبرام العقد الابتدائي لأي سبب كان. وللإشارة، فقد حدد المشرع المغربي الحد الأقصى للمبالغ التي يمكن للبائع أن يطلب من المشتري دفعها كتسبيق عند إبرام عقد التخصيص، بحيث اشترط ألا تتجاوز نسبة 5% من الثمن الإجمالي²⁸⁴³. كما منع المشرع أي أداء قبل التوقيع على عقد التخصيص، وإن كان المشرع هنا قد استعمل تعبيراً ضعيفاً لا يضمن الحماية اللازمة لحقوق المشتري؛ إذ قال: "يعد باطلاً كل أداء كيفما كان قبل التوقيع على العقد الابتدائي أو عقد التخصيص في حالة اللجوء إلى إبرامه"²⁸⁴⁴. وقد كان من الأولى أن يُوجه الخطاب إلى البائع بمنعه من المطالبة بأي أداء، كيفما كان، قبل التوقيع على أحد العقدين المذكورين، وكذا من الحصول على أي تسبيق فوق المقدار المحدد بمقتضى القانون²⁸⁴⁵.

المطلب الثاني: عقد التخصيص كألية لتفعيل قانون بيع العقار في طور الإنجاز

إذا كان المشرع المغربي قد تدخل لتنظيم بيع العقار في طور الإنجاز بهدف توفير إطار قانوني يحقق قدراً من الأمن التعاقدية ويحمي المشتري باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فإن الواقع العملي كشف عن محدودية فعالية هذا التنظيم، بسبب عزوف عدد من المنعشين العقاريين عن إبرام العقد الابتدائي بالصورة التي حددها المشرع، وما ترتب عن ذلك من تعطيل للعمل بمقتضيات هذا القانون. لذلك فقد حاول المشرع تفعيله بإدخال مجموعة من التعديلات الهادفة إلى تشجيع على العمل بمقتضياته، وغلق الثغرات التي تشكل مكمناً للخلل، والتي تتركز أساساً في مرحلة ما قبل العقد الابتدائي؛ أي مرحلة عقد التخصيص.

ومن هنا تبرز أهمية الوقوف بداية عند دواعي تنظيم عقد التخصيص (الفقرة الأولى)، قبل دراسة الدور الذي اضطلع به هذا العقد في المساعدة على تفعيل قانون بيع العقار في طور الإنجاز (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دواعي تنظيم عقد التخصيص

لقد جاء تنظيم عقد التخصيص لضبط مرحلة ما قبل العقد الابتدائي، لأنها كانت تشهد مجموعة من الممارسات التي أدت إلى تعطيل تطبيق القانون رقم 44.00، لدرجة أن قيل بأنه ولد ميتاً²⁸⁴⁶.

2842 - الفقرة الأخيرة من الفصل 3-618 مكرر ثلاث مرات من ظ.ل.ع.

2843 - الفصل 6-618 من ظ.ل.ع.

2844 - الفصل 6-618 من ظ.ل.ع.

2845 - وذلك لأن الواقع العملي يشهد على كثيراً من المعاملات لا تحترم هذين المقتضيين، حيث يكون المشتري مرغماً، بدافع الحاجة وغياب البديل، على دفع نسبة كبيرة من الثمن قد تفوق النصف، إن لم يؤدي الثمن كاملاً، وفي الأخير قد تقضي المحكمة ببطلان عقد التخصيص أو عدم صلاحيته بسبب انتهاء مدته دون القيام بالمتعين.
- قرار محكمة النقض عدد 1/551، الصادر بالتاريخ 2023/11/08، في الملف التجاري رقم 2022/1/3/1399، منشور بالبوابة القضائية للمملكة؛
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 895، الصادر بالتاريخ 2022/04/19، في الملف رقم 2021/8201/2032، منشور بالبوابة القضائية للمملكة.

2846 - محمد شيلح، القانون رقم 44.00 بين أسباب التجميد واقتراحات التنفيذ أو المشروع التمهيدي لمراجعة القانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، "نحو تشريع عقاري جديد"، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية يومي 29 و30 أبريل 2011، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 38، 2011، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- مراكش، ص 60.
- عبد القادر العراري، تأملات في مقاصد الصياغة التشريعية الجديدة للقانون رقم 107.12 الرامي لإصلاح القانون رقم 44.00، م.س، ص 151.

ويمكن القول إن السبب الأساسي وراء تعطيل مقتضيات هذا القانون، هو رفض المنعشين العقاريين الخضوع لها²⁸⁴⁷؛ حيث صاروا يتملصون من تطبيق هذه المقتضيات بالاعتماد على آليتين رئيسيتين، وهما: التعاقد قبل إتمام بناء الأساسات على مستوى الطابق الأرضي (أولا)، ومخالفة شكلية العقد الابتدائي التي أوجب المشرع احترامها (ثانيا).

أولا: التعاقد قبل إتمام بناء الأساسات على مستوى الطابق الأرضي

أظهرت الممارسة العملية أن المنعشين العقاريين يحرصون في كثير من الحالات، على تسويق عقاراتهم المستقبلية قبل إنهاء أشغال الأساسات على مستوى الطابق الأرضي، ضاربين مقتضيات القانون عرض الحائط. لأنهم بفعلتهم هذه يحققون مكسبان اثنين؛ حيث يحصلون على التمويل قبل الشروع في التنفيذ، وفي ذات الوقت يتملصون من الخضوع لأحكام قانون بيع العقار في طور الإنجاز الذي يوفر للمشتريين حماية أكبر من تلك تمنحها لهم المقتضيات العامة لنظرية العقد.

وهكذا صرنا نجد المنعشين العقاريين يتمسكون، في كثير من الأحيان، بعدم خضوع العقود التي أبرمها مع المشتريين للقانون رقم 44.00 بحجة أنها أبرمت قبل إنهاء أشغال الأساسات على مستوى الطابق الأرضي، مؤكداين أنها تبقى خاضعة للأحكام العامة²⁸⁴⁸. وفي أحيان أخرى يدفعون بطلانها²⁸⁴⁹ لذات السبب²⁸⁵⁰.

وهنا نجد القضاء يقر بصحة هذه العقود متى استوفت شروطها وفق القواعد العامة لنظرية الالتزام، باعتبارها عقودا لا تخضع لقانون بيع العقار في طور الإنجاز²⁸⁵¹، وبالتالي تكون النتيجة أننا جعلنا من شرط عدم جواز إبرام البيع الابتدائي قبل إنهاء أشغال الأساسات على مستوى الطابق الأرضي، والذي يهدف أساسا إلى حماية المشتري، وسيلة لتمكين المنعشين العقاريين من التملص من تطبيق الأحكام الأمرة للقانون رقم 44.00.

ثانيا: مخالفة شكلية العقد الابتدائي التي أوجب المشرع احترامها

استغل المنعشون العقاريون مركزهم، بصفتهم الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، لكي يفرضوا على المشتريين²⁸⁵² إبرام عقود مخالفة للشكلية المنصوص عليها بمقتضى الفصل 3-618 من ظ.ل.ع، الذي يؤكد على أنه "يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتهي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان"²⁸⁵³.

2847 - ولهم في ذلك مبرراتهم التي يبقى منها ما هو موضوعي؛ كمنع إبرام العقد الابتدائي قبل إنهاء أشغال الأساسات على مستوى الطابق الأرضي الذي يعسر عملية التسويق، وكذا ثقل الأعباء التي تقع على البائع نتيجة إلزامه بتقديم الضمانات البنكية، أو ما يماثلها، وكثرة الوثائق المرفقة بالعقد الابتدائي، لاسيما عندما يتعلق الأمر بالبرامج الكبرى للسكن الاقتصادي التي تتضمن الآلاف من المحلات.

2848 - متى كانت لهم مصلحة في الإبقاء على العقد وعدم إبطاله.

في هذا الإطار، ينظر: - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، عدد 1/1044 بتاريخ 05/02/2015، ملف رقم 2014/1201/4251 (غير منشور).

2849 - لأنهم لن يدفعوا إلى المشتري سوى الأموال التي سبق أن أداها لهم كتسبيق من الثمن، فيرجعونها إليه بعدما استفادوا منها في تمويل بناء العقار، ولاسيما عندما يكون ثمن هذا العقار قد ارتفع بشكل كبير بسبب تغير الظروف المحيطة ولأنه أصبح جاهزا.

2850 -- قرار محكمة النقض عدد 2/35 بتاريخ 02/02/2021، ملف مدني عدد 1/1757/2019، (غير منشور).

2851 - قرار محكمة النقض عدد 263 بتاريخ 10/05/2022، ملف مدني عدد 1/269/2021، (غير منشور).

- قرار محكمة النقض عدد 7/380 بتاريخ 08/07/2014، ملف مدني عدد 1/6148/2013، (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 109، بتاريخ 25/02/2015، ملف عدد 259/1201/2014، (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 859، بتاريخ 31/12/2014، ملف عدد 423/2014/1201، (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 5297/2011، بتاريخ 19 دجنبر 2011، ملف عدد 4404/2011، (غير منشور).

- حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، رقم 1097، بتاريخ 27/03/2013، ملف عدد 1794/21/2012 (غير منشور).

2852 - حيث يكون المشتري هنا مجبرا على توقيع العقد وفق الكيفية والشروط المحددة من قبل المنعش العقاري، تحت ضغط الحاجة والرغبة في الحصول على السكن أو على المحل الذي يمارس فيه مهنته أو تجارته.

2853 - كما حدد الفصل 3-618 مكرر من نفس القانون مجموعة من البيانات التي يجب تضمينها في العقد الابتدائي.

وهكذا صرنا نرى أن عملية بيع العقار في طور الإنجاز، أوضحت تتم إما عن طريق الوعد بالبيع، أو بموجب ما يسمى بعقد الحجز الذي ينفرد المنعش العقاري بصياغته وتحديد شروطه، أو أن يُكتفى فقط بوصول يسلم إلى المشتري مقابل المبالغ المدفوعة مسبقا كجزء من الثمن.

ويبقى الدافع إلى هذا السلوك، بطبيعة الحال، هو رغبة المنعشين العقاريين في عدم الخضوع لأحكام قانون بيع العقار في طور الإنجاز، حيث نجدهم في حالة النزاع²⁸⁵⁴، يعتمدون إلى التمسك ببطان العقد الذي أبرم بشكل مخالف للفصل 3-618 ويكون البطلان لا يترتب سوى استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له²⁸⁵⁵. وهذا ما سايرته الغرفة التجارية بمحكمة النقض²⁸⁵⁶، وكذا العديد من محاكم الموضوع²⁸⁵⁷، التي أثارت، في بعض الأحيان، بطلان العقود الابتدائية المخالفة لأحكام الفصل 3-618 تلقائياً، ودون أن يتمسك به أي من الطرفين²⁸⁵⁸.

وخلافا لهذا التوجه، قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض بصحة العقد الذي حرر من طرف موثق تحت عنوان: "وعد بالبيع"، مؤكدة على أنه "في حقيقته ينطوي على عقد بيع ابتدائي ثابت التاريخ"²⁸⁵⁹. كما قضت محكمة الاستئناف بطنجة²⁸⁶⁰ بالزام المنعش العقاري بإتمام إجراءات البيع، رغم تمسكه بكون العقد أبرم مخالفا للشكليات والضوابط المنصوص عليها في القانون رقم 44.00.

2854- والذي كثيرا ما يكون بسبب التأخر عن إنجاز العقارات محل التعاقد في الوقت المحدد أو عدم احترام الشروط المتفق عليها. كما قد يكون بسبب رغبتهم في بيعها لطرف آخر بثمن أفضل، خاصة عندما يكون إنجازها قد اكتمل أو يكاد.

2855- من بين القرارات والأحكام التي تظهر تمسك المنعشين العقاريين بهذا القول، نذكر ما يلي:

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1679، صادر بتاريخ 2011/12/8، في الملف عدد 2011/527، (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 275، صادر بتاريخ 2013/02/12، في الملف عدد 2012/1130، (غير منشور).

- حكم المحكمة الابتدائية بتمارة، 2014/18، صادر بتاريخ 2013/10/2، في الملف عدد 2012/68، (غير منشور).

- حكم المحكمة التجارية بطنجة، 09/31، صادر بتاريخ 2012/01/10، في الملف عدد 2010/5/855، (غير منشور).

2856- قرار الغرفة التجارية بمحكمة النقض رقم 2015/69، صادر بتاريخ 2015/04/01، في الملف التجاري عدد 2014/1/3/933، منشور بمجلة "تشرة قرارات محكمة النقض" الغرفة التجارية، ج 23، سنة 2015، ص 44 وما بعدها.

2857- نذكر من بين هذه الأحكام والقرارات الكثيرة ما يلي:

- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 2251، بتاريخ 2011/10/05، في الملف المدني عدد 11/21/1447، (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، رقم 2859، بتاريخ 2013/07/22، في الملف المدني عدد 13/21/2405، (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف بالرباط، رقم 587، بتاريخ 2014/09/24، ملف مدني عدد 2014/1201/351، (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1674، بتاريخ 2011/12/08، ملف عدد 2011/439، (غير منشور).

- حكم المحكمة الابتدائية بتمارة، رقم 2014/18، بتاريخ 2013/10/2، ملف عدد 21/2012/68، (غير منشور).

- حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، في الملف عدد 2010/9/692، بتاريخ 3 مارس 2011، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع 6، ماي 2011، ص 357 وما بعدها.

- حكم المحكمة التجارية بطنجة، رقم 2010، بتاريخ 2012/01/10، ملف عدد 2010/5/855، (غير منشور).

2858- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 898، صادر بتاريخ 2012/5/15، ملف عدد 11/1885، (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1546، صادر بتاريخ 2013/10/3، ملف عدد 13/700، (غير منشور).

- حكم المحكمة الابتدائية بوجدة بتاريخ 2016/06/08، ملف عدد 14/42، (غير منشور).

- حكم المحكمة التجارية بطنجة، رقم 2012/18، صادر بتاريخ 2012/12/18، ملف عدد 2012/34/1624، (غير منشور).

2859- قرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض عدد 1696، بتاريخ 2012/04/03، في الملف المدني عدد 2010/7/1/2310، منشور بالبوابة القضائية للمملكة المغربية.

كما تبنت هذه الغرفة نفس التوجه وهي تنظر في نزاع متعلق بالتنازل عن شقة في طور الإنجاز، الذي يسري عليه ما يسري على البيع الابتدائي، طبقا لمقتضيات الفصل 13-618 من ظ.ل.ع.

- قرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض عدد 157، صادر بتاريخ 2015/03/31، في الملف المدني عدد 2014/7/1/4196، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، ع 79، سنة 2015، ص 17 وما بعدها.

2860- قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 1006، بتاريخ 2013/12/11، ملف عدد 1201/13/940، (غير منشور).

وبعد أن تبيننا لنا أسباب ومسببات تعطيل العمل بمقتضيات القانون رقم 44.00، يبقى لنا أن نتساءل عن دور عقد التخصيص في تفعيل هذا القانون؟

الفقرة الثانية: دور عقد التخصيص في تفعيل قانون بيع العقار في طور الإنجاز

لتجاوز مشكلة جمود القانون رقم 44.00 عن التطبيق، حاول المشرع المغربي، في مشروع القانون رقم 107.12، أن يدخل مجموعة التعديلات الهادفة إلى التخفيف من الالتزامات التي تثقل كاهل المنعشين العقاريين²⁸⁶¹. غير أن هذا لم يكن كافيا لمنعهم من التملص من الخضوع لأحكام قانون بيع العقار في طور الإنجاز. لذلك رأى المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي²⁸⁶² أنه من الضروري تنظيم مرحلة ما قبل العقد الابتدائي باعتبارها الفترة التي توفر بيئة التفطت من القانون.

ويمكن القول إن القانون رقم 107.12 قد استهدف كلتا الوصيلتين الأساسيتين المعتمدين من قبل المنعشين العقاريين في التملص من تطبيق القانون، إذ لم يتشدد في طبيعة الشكلية التي يجب احترامها في عقد التخصيص (أولا)، كما نص على إمكانية إبرام هذا العقد بمجرد الحصول على رخصة البناء (ثانيا).

أولا: التخفيف من صرامة شكلية الكتابة

تنص الفقرة الأولى من الفصل 3-618 مكرر مرتين من ظ.ل.ع، على أنه: "يمكن للبائع والمشتري قبل تحرير العقد الابتدائي إبرام عقد تخصيص من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز يحزر إما في محرر رسمي أو محرر عر في ثابت التاريخ وفقا للشكل المتفق عليه من الأطراف".

وتضيف الفقرة الأخيرة من نفس الفصل: "يتضمن عقد التخصيص البيانات الواردة في البنود 1 و 2 و 3 و 4 و 5 و 6 و 7 المنصوص عليها في الفصل 3-618 مكرر أعلاه"²⁸⁶³.

وانطلاقا من هاتين الفقرتين، يمكن استنتاج الملاحظات التالية:

- مرحلة عقد التخصيص هي مرحلة اختيارية يمكن تجاوزها بإبرام العقد الابتدائي مباشرة؛
- لم يشترط المشرع المغربي أي شرط بخصوص محرر العقد، وإنما ترك الحرية للأطراف في أن يبرموا محررا رسميا أو يكتبوا بمحرر عر في ثابت التاريخ يتم تحريره من قبل أي كان؛
- لم يستعمل هذا الفصل صيغة الوجوب بخصوص بيانات عقد التخصيص، كما لم يرتب أي جزاء على تخلفها²⁸⁶⁴، ولا على ثبوت التاريخ. وبالتالي تبقى هذه المسائل خاضعة للمقتضيات العامة لنظرية العقد؛ بحيث إذا خلا العقد من أحد البيانات الجوهرية كاسم المشتري أو توقيعه فإنه يكون بمثابة "بداية حجة بالكتابة" بمفهوم الفصل 447 من ظ.ل.ع. وبناء عليه، يمكن القول إن هذه المقتضيات تتيح تكييف مختلف العقود التي تبرم بكيفية مخالفة لشكلية العقد الابتدائي باعتبارها عقود تخصيص²⁸⁶⁵، وبالتالي تبقى صحيحة وخاضعة لقانون بيع العقار في طور الإنجاز عوض القول ببطلانها أو خضوعها للقواعد العامة. وهنا يبرز دور عقد التخصيص كآلية لتفعيل قانون بيع العقار في طور الإنجاز؛ إذ يمنح للمشتري الحق في مطالبة البائع بإبرام العقد الابتدائي مهما كان شكل العقد المبرم بينهما في البداية.

2861 - لاسيما فيما يتعلق بكثرة الوثائق والضمانات.

2862 - بعدما طلب منه مجلس المستشارين إبداء رأيه في مشروع القانون رقم 107.12.

2863 - وبالرجوع إلى الفصل 3-618 مكرر، يتبين أن هذه البيانات هي نفسها التي "يجب" أن يتضمنها عقد البيع الابتدائي، بحيث لم يستثنى من ذلك سوى البند الثامن المتعلق ب"مراجعة ضمانات الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ البائع للعقد أو ضمانات إنهاء الأشغال أو التأمين". وهذا أمر بدبي لأن وجود تلك الضمانات يبقى مرتبطا بإبرام العقد الابتدائي.

2864 - بما في ذلك بيان رقم رخصة البناء، متى ثبت أن تاريخ رخصة البناء سابق على تاريخ إبرام عقد التخصيص.

2865 - سواء تعلق الأمر بالوعد بالبائع، أو عقد الحجز، وكذا تقنية الوصل متى ثبت الدليل على أن الأمر يتعلق بتسبيق دفع لحجز عقار في طور الإنجاز.

غير هذا الدور الإيجابي يبقى رهينا لمدى احترام أجل صلاحية عقد التخصيص²⁸⁶⁶، والذي حدده المشرع في "مدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر غير قابلة للتجديد تؤدي لزوما إلى إبرام عقد البيع الابتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة"²⁸⁶⁷. حيث يصبح من حق المنعش العقاري هنا أن يبيع العقار، ما دام العقد الابتدائي لم يوقّع بعد²⁸⁶⁸. وهذا ما جعل إحدى الباحثات تقول أن حق التراجع المقرر لفائدة المشتري محدد في شهر واحد، بينما يمتد بالنسبة للبائع إلى ستة أشهر²⁸⁶⁹. وقد كان بالإمكان تقوية فرص إتمام العملية التعاقدية، لو تبني المشرع توصية المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بخصوص الأموال التي يدفعها المشتري، عند إبرام عقد التخصيص؛ إذ اقترح الإبقاء عليها في الحساب البنكي الخاص إلى غاية إبرام العقد الابتدائي²⁸⁷⁰. لأن من شأن هذا المقتضى أن يحفز البائع على المبادرة لإتمام التعاقد كي يصبح بإمكانه التصرف في هذه الأموال من جهة، والمطالبة بالدفعة الموالية من جهة ثانية.

ويبقى من المفيد أيضا، أن يتم التنصيص على وجوب قيام البائع بإنذار المشتري، قبل تاريخ انتهاء صلاحية عقد التخصيص بمدة شهر على الأقل، للقيام بما يلزم قصد إبرام العقد الابتدائي، وإخباره بأن انتهاء مدة عقد التخصيص دون تمسك أي من الطرفين بإبرام عقد البيع الابتدائي يعني أنهما تراجعا عن عقد التخصيص. ويظل الأمل معقودا على دور القضاء في العمل على تطبيق القانون وتجنب تعطيله، وعلى أعمال العقود وتجنب إهمالها، لاسيما حينما يواصل المشتري تنفيذ التزاماته التعاقدية، دون إبرام العقد الابتدائي؛ كأن يستمر في تسديد الدفعات المالية، حيث يعد هذا دليلا على تمسكه بإبرام العقد الابتدائي²⁸⁷¹.

ثانيا: إمكانية إبرام عقد التخصيص بمجرد الحصول على رخصة البناء

تنص الفقرة الثانية من الفصل 3-618 مكرر مرتين من ظ.ل.ع، على أنه: "لا يجوز إبرام عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز، تحت طائلة البطلان، إلا بعد الحصول على رخصة البناء".

وقد جاء هذا المقتضى بطبيعة الحال لكي يمكّن المنعشين العقاريين من تسويق مشاريعهم قبل الشروع في عملية البناء، عوض الانتظار إلى غاية إنهاء الأشغال على مستوى الأساسات، كما كان يلزمهم القانون بذلك من قبل.

ولعل قائلًا يقول إن هذا المقتضى لا يخص فقط عقد التخصيص، وإنما يسري أيضا على العقد الابتدائي الذي صار بإمكان الأطراف أن يبرموه، هو الآخر، بمجرد الحصول على رخصة البناء. والجواب على هذا الكلام، أن أهمية عقد التخصيص هنا تبرز

2866 - سبق لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش أن أثارت مسألة عدم صلاحية عقد التخصيص، تلقائيا ودون طلب من الأطراف؛ حيث عرضت المشتري أنها أبرمت عقد حجز لشقة مع المدعي عليها ودفعت لها أكثر من 67% من الثمن، لكن البائعة تماطلت في تنفيذ التزامها. وتبعًا لذلك، التمسّت المشتري فسخ العقد وطالبت بالتعويض عن الضرر الذي لحقها. وبالمقابل أجابت المدعية بأنها تقر بالوعد بالبيع، مؤكدة على أن الشقة جاهزة وأن المشتري هي التي تماطلت في تسديد الدفعة الثانية من الثمن رغم إنذارها، وبناء على وثيقة الإنذار هذه، قضت المحكمة الابتدائية برفض طلب المشتري. وهو الحكم الذي استأنفته هذه الأخيرة بعلّة اعتماده على وثائق مزورة. وعوض أن تنظر محكمة الاستئناف في هذا الادعاء: جاء قرارها كما يلي:

"لما نصت مقتضيات الفقرة 3 من الفصل 3/618 مكرر ثلاث مرات على أنه تحدد صلاحية عقد التخصيص في مدة لا تتجاوز 6 أشهر غير قابلة للتجديد تؤدي لزوما إلى إبرام عقد البيع الابتدائي أو التراجع عن عقد التخصيص واسترجاع المبالغ المسبقة فإنه أمام تأخر المستأنف عليها في اتخاذ المتعين قبل انتهاء مدة صلاحية عقد التخصيص المحددة في 6 أشهر من تاريخه مما يناسب معه ترتيبا لذلك التصريح بعدم صلاحيته مما ارتأت معه المحكمة صرف النظر عن مسطرة الزور الفرعي ... وبالتالي يكون طلب استرجاع مبلغ التسبيق المقدم من طرف المستأنفة مرتكز على أساس من الواقع والقانون".

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 895، الصادر بالتاريخ 2022/04/19، في الملف رقم 2021/8201/2032، منشور بالبوابة القضائية للمملكة.

2867 - الفقرة الثالثة من الفصل 3-618 مكرر ثلاث مرات من ظ.ل.ع.

2868 - وهذا ما يؤكد رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي...، م.س، ص 7207.

2869 - Dyaë BOUGUETAB, les limites juridiques du contrat de vente d'immeuble en l'état future d'achèvement, la revue du droit Marocain, N° 35, 2017, p.30.

2870 - رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول إحالة مشروع قانون رقم 107.12، م.س، ص 7206.

2871 - فليس كل مشتر يعلم بضرورة المطالبة بإبرام العقد الابتدائي تحت طائلة انتهاء صلاحية عقد التخصيص. لاسيما أمام واقع يعرف تباينا كبيرا عما يشترطه القانون، ولمدة سنوات.

في حال إبرام العقد الابتدائي بكيفية مخالفة للشكلية المنصوص عليها في القانون، حيث يمكن في هذه الحالة تكييفه على أنه عقد تخصيص، كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

غير أن ما يؤخذ على المشرع هنا، هو التساهل في منع التعاقد قبل الحصول على رخصة البناء، فهو رتب جزاء البطلان دون البحث عن تحمل مسؤولية التعاقد قبل الحصول على رخصة البناء، إذ الأمر هنا يتطلب ردع مرتكب هذه المخالفة القانونية، عوض الاكتفاء بالحكم على العقد بالبطلان.

وقد حاولت محكمة الاستئناف التجارية بمراكش استبعاد تطبيق هذا المقتضى، سعيا منها لتحقيق العدالة في الواقعة المعروضة أمامها، فعمدت إلى جعله خاضعا للقواعد العامة، مؤكدة على أنه "بالرجوع إلى عقد الحجز المدرج بالملف يتبين أن المستأنف عليه أدى الثمن كاملا دفعة واحدة خلافا للنسب المحددة في الفصل 6-618 من ق.ل.ع والمحال عليها بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 3-618 مكرر ثلاث مرات فإنه تبعا لذلك لم تنصرف إرادة الطرفين إلى اعتباره عقد تخصيص بمفهوم مقتضيات هذا الفصل وبالتالي لا يمكن لهذه المحكمة قانونا تأويله وإعادة تكييفه طبقا للفصل 461 من ق.ل.ع واعتباره عقد تخصيص مشوب بالبطلان بسبب عدم تضمينه لرقم رخصة البناء وذلك لكون ألفاظه صريحة ولا لبس فيها وعليه يبقى وفقا لإرادة الطرفين مجرد عقد حجز مرتب لالتزام شخصي في مواجهة المستأنفة يتمثل في إبرام عقد نهائي بالبيع للشقة موضوع الحجز بعد الانتهاء من الأشغال بواسطة موثق كما هو منصوص عليه في البند 14 من العقد وتبعا لذلك تعين رد السبب المثار بهذا الشأن"²⁸⁷².

خاتمة

لقد حاول المشرع المغربي، بناء على توصية المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، تنظيم المرحلة السابقة لإبرام عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز، وذلك بغية تجاوز المشاكل التي كانت تطبع هذه المرحلة، وتمس أساسا بحقوق المشتري. لذلك، فقد حمل تنظيم هذه المرحلة إقرار مجموعة من الوسائل الهادفة إلى حماية المشتري، وتجاوز العراقيل المختلفة من قبل المنعشين العقاريين، والتي كانت تحول دون التطبيق الفعلي للقانون رقم 44.00.

غير أن ما قرره المشرع المغربي في هذا الصدد لم يكن كافيا بالقدر الذي يضمن تفعيل قانون بيع العقار في طور الإنجاز، ويحمي حقوق الطرف الضعيف في هذه المعاملة. وتبرز أهم مظاهر هذا القصور على المستويات التالية:

- محدودية ضمان استرجاع المشتري للأموال التي دفعها عند إبرام العقد؛
- ضعف تحصين المشتري من الممارسات اللاقانونية التي يفرضها بعض المنعشين العقاريين، لاسيما على مستوى وقت إبرام عقد التخصيص، وكذا مبلغ الدفعات التي يقدمها المشتري؛
- تحديد أجل صلاحية عقد التخصيص، ومنع التعاقد قبل الحصول على رخصة البناء، دون إحاطتهما بالتدابير الكفيلة بحماية المشتري في هذا الخصوص.

ولتجاوز هذا القصور، يقترح ما يلي:

1. منع البائع من التصرف في الأموال المدفوعة من قبل المشتري عند إبرام عقد التخصيص، إلى حين انقضاء مدة عقد التخصيص.
2. منع البائع من المطالبة بأي أداء، كيفما كان، قبل التوقيع على عقد التخصيص أو العقد الابتدائي، وكذا من الحصول على أي تسبيق يفوق المقدار المحدد بمقتضى القانون.

2872 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 2233، الصادر بالتاريخ 2022/09/27، في الملف رقم 2022/8201/1620، منشور بالبوابة القضائية للمملكة.

3. إلزام البائع بإنذار المشتري، قبل انتهاء مدة صلاحية عقد التخصيص بشهر على الأقل، من أجل القيام بما يلزم لإبرام العقد الابتدائي، مع إخباره بأن انتهاء مدة عقد التخصيص دون مطالبة أي من الطرفين بإبرام العقد الابتدائي، سيؤدي إلى انتهاء صلاحية عقد التخصيص؛
4. إضافة مقتضيات جزئية (غرامات) لردع كل من يقوم ببيع عقار مستقبلي قبل الحصول على رخصة البناء، عوض الاكتفاء بالحكم على العقد بالبطلان.
- وأخيرا، يظل الأمل معقودا على دور القضاء في العمل على التطبيق العادل للقانون وتجنب تعطيله، وعلى أعمال العقود وتجنب إهمالها.

❖ لائحة المراجع

• المصادر باللغة العربية

- ✓ أشغال اليوم الدراسي المنظم من قبل مختبر قانون الأعمال بكلية الحقوق بجامعة الحسن الأول بسطات، تحت عنوان: ضمانات حماية مستهلك الخدمات السياحية، ط 1، 2013، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء.
- ✓ أنور عبد الله سليمان جبر، انتقال الملكية العقارية بالبيع: دراسة مقارنة، طبعة 2011، منشأة المعارف-الإسكندرية.
- ✓ رأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي حول إحالة مشروع قانون رقم 107.12، يغير ويتم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود، ج.ر عدد 6297، بتاريخ 6 أكتوبر 2014، ص 7206.
- ✓ عبد القادر العرعاري، تأملات في مقاصد الصياغة التشريعية الجديدة للقانون رقم 107.12 الرامي لإصلاح القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز، أشغال الندوة الوطنية المنظمة يومي 25 و26 نونبر 2016 بعنوان: العقار والتعمير والاستثمار، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة تكريما للأستاذ الحسين بلحساني، مركز إدريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية بوجدة، الجزء 1.
- ✓ العربي محمد مياذ، الموجز في العقود المدنية الأكثر تداولاً: بيع العقار في طور الإنجاز، الإيجار المفضي إلى تملك العقار، الوكالة المهيرة خارج المغرب، ط 1، 2016، مطبعة الأمنية- الرباط.
- ✓ العربي محمد مياذ، عقود الإذعان، دراسة مقارنة، مكتبة دار السلام- الرباط، ط 1، 2004.
- ✓ علي الرام، بيع العقار في طور البناء على ضوء أحكام القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- وجدة، السنة 2004.
- ✓ محمد شليح، القانون رقم 44.00 بين أسباب التجميد واقتراحات التنفيذ أو المشروع التمهيدي لمراجعة القانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، "نحو تشريع عقاري جديد"، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمتها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية يومي 29 و30 أبري 2011، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 38، 2011، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- مراكش

• المصادر باللغة الفرنسية.

- ✓ Catherine Thibierge- Guelfucci, libre propose sur la transformation du droit des contrats, R.T.D. Civ (2), avril-juin 1997.
- ✓ Dyae BOUGUETAB, les limites juridiques du contrat de vente d'immeuble en l'état future d'achèvement, la revue du droit Marocain, N° 35, 2017.
- ✓ Jean Picard, le consommateur immobilier, J.C.P, 1985.
- ✓ JESTAZ Philippe, l'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi, rapport au journées savatier, octobre 1985.
- ✓ -Laure Anne Mérigaud-Tirefort, L'acquéreur immobilier est-il un consommateur, Dalloz, 2010.
- ✓ Otmane CHAABTI, le contrat de vente d'immeuble en état future d'achèvement- étude à la lumière de la loi n° 107.12, revue Mohit des études et des recherches juridiques, N° 1, 2018.
- ✓ Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, Le Consommateur Immobilier : En Quête de Protection, Editions Yvon Blais, 2014.
- ✓ Pin-Chieh Jseng, La protection du consommateur immobilier, Dalloz, 2004.