

النظام القانوني لعقد حفظ الحق في ظل التشريع الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون عقاري

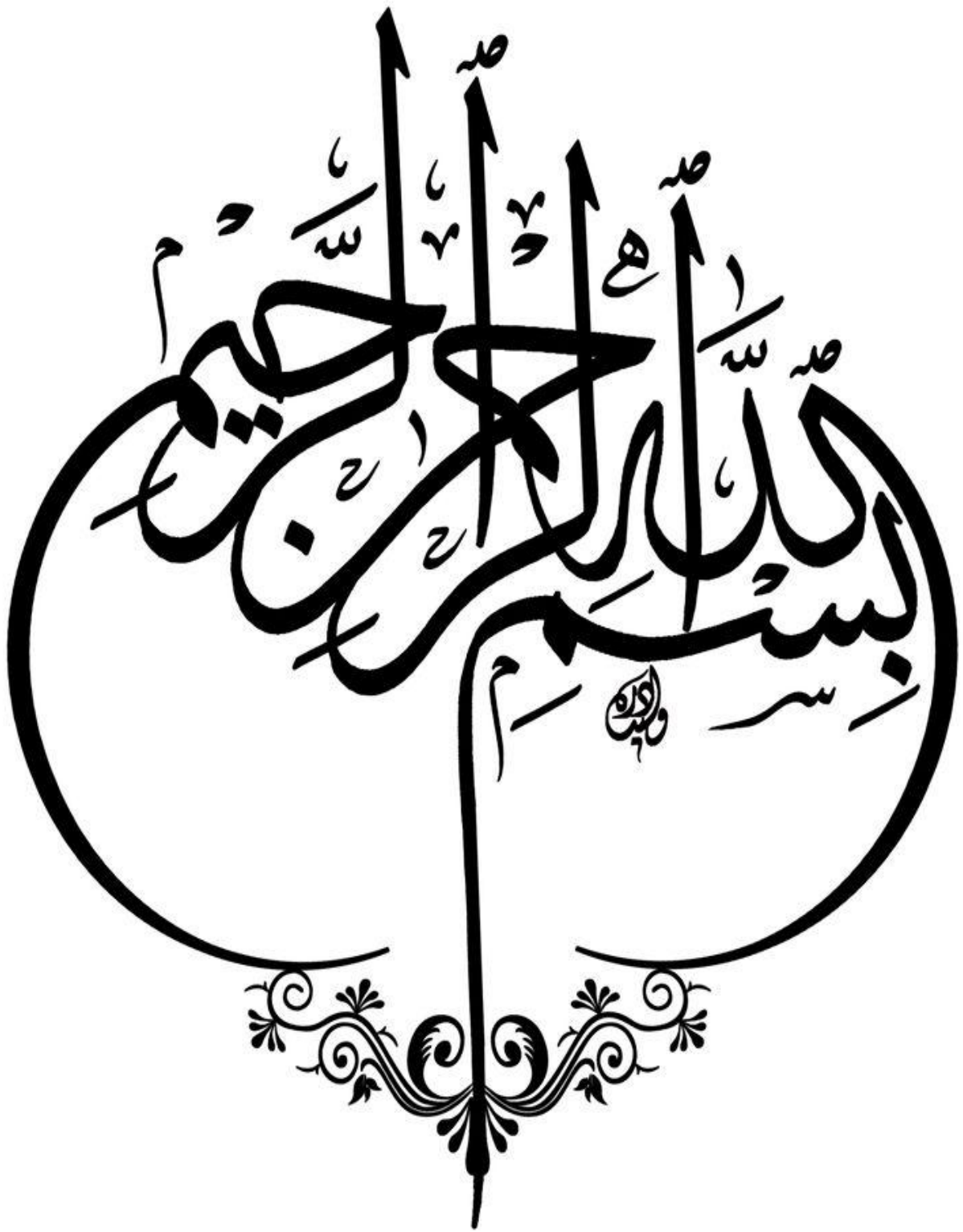
إعداد الطالبة:

نادية عارف

آمال صوالح عمار

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د/ نجاة بوساحة	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
د/ بشير محمودي	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
د/ إدريس كمال فتحي	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	عضوا مناقشا



الإهداء

إلى والدتي الكريمة أطل الله في عمرها وأدامها شمعته تنير حياتي

إلى روح والدي تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جناته

إلى أخوتي الأحبّة كل واحد باسمه

إلى كل أفراد عائلتي الكبيرة فرداً فرداً

إلى زملائي وإلى صديقات عمري والأغلى على قلبي

إلى كافة طلبة العلم عامة وطلبة الحقوق خاصة

إلى كل من عرفني من قريب أو بعيد

أهدي هذا العمل

نادية عارف

شكر و عرفان

الحمد لله الذي تتم بفضلہ النعم الصالحات والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والرسالات؛

وبعد:

تتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى سيادة الدكتور بشير محمدي على

إشرافه على إتمام هذا العمل الذي كان لنا فيه نعم المشرف والموجه والنصح

الأمين في إرشاداته وتوجيهاته

وإلى لجنة المناقشة التي ستكرم بمناقشة مذكرتنا هاته

وإلى كافة العاملين والموظفين بكلية الحقوق بجامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي

وإلى كل من ساعدنا وساندنا في إتمام هذا العمل

مقدمة

يعتبر قطاع السكن القطاع الأكثر حساسية في الوقت الحالي نتيجة التطور الاقتصادي والاجتماعي التي تشهده مختلف الدول، وتعتبر الجزائر من بين الدول التي تعاني من مشكل الإسكان نتيجة النمو الديموغرافي الذي ظلت تعرفه باستمرار، والذي تفاقم مع مرور الزمن بسبب ارتفاع حجم الطلب ومحدودية العرض، مما دفعها إلى إتباع استراتيجية جديدة للدفع بقطاع السكن وتكريس مبدأ حق كل مواطن في سكن يأويه، حيث وضعت العديد من البرامج وانتهجت عدة سياسات تصب كلها في إطار القضاء أو على الأقل التخفيف من حدة أزمة السكن التي ظهرت نتيجة الطلب المتزايد عليها.

وهذا راجع إلى تطور الحياة الحضرية، تهدم الأبنية القديمة، انهيار المباني الناجم عن الكوارث الطبيعية أو السرعة في الإنجاز، وكذا النزوح الريفي نحو المدينة.

ولما عجزت المؤسسات العمومية التي تحتكر هذا القطاع منذ الاستقلال عن الاستجابة لهذه الطلبات لجأت إلى البحث عن طرق وأساليب جديدة للتخفيف من حدة مشاكل السكن، خاصة بعد إطلاق حرية الاستثمار للقطاع الخاص، فبدأت تتخلى تدريجيا عن النظام الاشتراكي والتوجه نحو النظام الليبرالي، وذلك بالسماح للقطاع الخاص الذي كان مفيدا في هذا الميدان والمساهمة في عمليات الترقية العقارية المخصصة بالأساس لتحقيق قفزة في مجال الإسكان.

وبصدور القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية¹ حاول المشرع الجزائري تخفيف العبء على الدولة وذلك من خلال فتح المبادرة للقطاع الخاص في هذا المجال، لكن هذا القانون لم يكتب له النجاح لأن سلبياته كانت أكثر من إيجابياته لأنه امتاز بأحكام صارمة وصعبة لا تشجع المتعامل العقاري في الدخول إلى برامج الترقية العقارية مما فرض تدخل المشرع لإصدار المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري² الذي جاء فيه فسخ

¹ - القانون رقم 86-07 المؤرخ في 04/03/1986، المتعلق بنشاط الترقية العقارية، الملغى بالمرسوم رقم 93-03، ج.ر، العدد 10، المؤرخة في 03/05/1986.

² - المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بنشاط الترقية العقارية، الملغى بالقانون رقم 11-04، ج.ر، المؤرخة في 03/03/1993، العدد 14.

المجال للقطاع الخاص وأصبح النشاط العقاري نشاطا تجاريا، وأهم ما جاء في هذا المرسوم الصيغة الجديدة في التعاقد وهي عقد البيع على التصاميم، حيث سمح للمتعامل العقاري بالبيع قبل الإنجاز، وأعطى للمتعامل العقاري الحق في قبض دفعات وأقساط من المقتني لتمويل عملية الإنجاز، ونتيجة للانتقادات الموجهة للمرسوم التشريعي رقم 93-03 ومن بينها:

- عدم تحديد التزامات الأطراف المتعاملين في النشاط العقاري بشكل واضح وهذا أدى إلى إثارة المشاكل بين المتعاملين في هذا المجال ذلك نتيجة توقف أشغال البناء.

وبصدور القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية¹، أعاد المشرع تنظيم نشاط الترقية العقارية جاء من خلال تحديد قانون أساسي للمرقي العقاري وضبط مضمون العلاقة بينه وبين المقتني وذلك بأن تقام العلاقة التعاقدية إما في صيغة عقد بيع على التصاميم والذي ترتب عنه منازعات قانونية كثيرة، الذي يسمح ببيع العقار وهو في طور الإنجاز لتنتقل الملكية تدريجيا مقابل دفع أقساط الثمن تبعا لمراحل تقدم الإنجاز وعقد حفظ الحق الذي هو من الأمور الجديدة بعدما ألغاه المرسوم التشريعي رقم 93-03 والذي كان موجودا في القانون رقم 86-07 سالف الذكر، حيث يسمح عقد حفظ الحق بحجز عقار قبل الإنجاز مقابل تسبيق ولذلك جاءت أهمية هذه الدراسة والذي ينصب موضوعنا حول عقد حفظ الحق لاعتبار أن هذا القانون يسمح للمواطنين بحجز السكن وهو في طور الإنشاء ليضمن عدم مزاحمة غيره له في اقتنائه وزيادة فرص الحصول على سكن، ونظرا للطلب المتزايد للحصول على السكن من جهة وهدف هذا العقد التخلص من الفوضى التي سادت ذلك القطاع منذ السنوات الأخيرة التي شهدتها الجزائر والتخفيف من أزمة السكن وبالتالي أدى إلى تكوين محافظة عقارية تسهل على المشترين امتلاك سكن قبل الإنجاز دون عراقيل، ونظرا لحدثة هذا العقد من حيث إنشائه كان الاختيار لدراسته والبحث في جوانبه القانونية خاصة ما يتعلق منها ببناء المسكن المتفق عليه وفق الآجال المحددة في العقد وكذلك حماية المستفيدين الذين يزالون متخوفين من إبرام هذه

¹ - القانون رقم 11-04 المؤرخ في 2011/02/17، الذي ينظم القواعد العامة للنشاط العقاري، ج.ر، العدد 14.

العقود التي تصون صاحب حفظ الحق من الوقوع في الخطر وهو عدم الإنجاز وعدم انتقال ملكية العقار بعد دفع كامل المبلغ.

ويهدف موضوع دراستنا إلى تحديد الإطار القانوني لعقد حفظ الحق من خلال بيان موضوع هذا العقد وكذلك علاقة العقد بالمجال الترقية العقارية بإضافة إلى شروط تكوين عقد حفظ الحق، وكذلك معرفة المسؤولية القانونية بين الأطراف المتعاقدة وكذلك معرفة الهيئة المدعمة لتمويل الترقية العقارية وهو صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في مجال الترقية العقارية باعتبارها هيئة ضمان لتسديدات التي يدفعها المشترون، وهذا قصد توفير الحماية القانونية اللازمة لصاحب حفظ الحق عند إبرام هذا النوع من العقود وفقا للقانون رقم 11-04.

إن سبب اختيار هذا الموضوع هو نقص الدراسات والبحوث حوله مما دفعنا إلى الغوص حول خصوصية هذا العقد وموضوعه والآثار المترتبة حول إبرامه، أما السبب الذاتي هو أننا لدينا رغبة جامحة في معرفة تكوين هذا العقد وبالتالي يكون لنا خبرة من خلال دراسته متحملين العراقيل ومشاق البحث.

إن أهم الصعوبات التي واجهتنا أثناء دراستنا لهذا الموضوع الجديد حديث النشأة هو نقص المراجع وصعوبة تحصيلها، لكن على الباحث استخدام ذكائه في كيفية إيجادها رغم دقة هذا الموضوع.

وقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على بعض الدراسات السابقة حول موضوع عقد حفظ الحق لمذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع حماية المستهلك والمنافسة، حيث ارتكزت بشكل عام حول هذا العقد، وللإلمام بموضوع هذه المذكرة لما يثره من نقاط اهتمام متعددة ومتزايدة وكذلك الإحاطة أكثر بموضوع عقد حفظ الحق نطرح الإشكالية التالية:

كيف نظم المشرع الجزائري عقد حفظ الحق ؟ وما مدى فعالية هذا العقد في تطوير نشاط الترقية العقارية ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية التي تناولها القانون رقم 11-04 وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 13-431 الذي يحدد نموذج عقد بيع على التصاميم وعقد حفظ الحق¹ على التوالي وكذلك تحديد موضوع عقد حفظ الحق وخصوصيته وذلك باستخدام المنهج الاستقرائي.

لذا جاء تقسيم هذا البحث إلى فصلين حيث نتناول في الفصل الأول الإطار المفاهيمي لعقد حفظ الحق وذلك من خلال التطرق إلى مفهوم العقد وموضوعه في المبحث الأول ثم معرفة أحكامه من حيث أركان انعقاد العقد في المبحث الثاني.

أما في الفصل الثاني سنتطرق إلى آثار عقد حفظ الحق نبين فيه التزامات كل من صاحب حفظ الحق والمركبي العقاري والإخلال بها وذلك ما يتضمنه المبحث الأول، بينما نتناول في المبحث الثاني مسألة جديرة بالاهتمام وهي صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في تطوير نشاط الترقية العقارية باعتبارها هيئة ضمان في عمليات البيع وتنتهي هذه الدراسة بتوصيات تؤخذ بعين الاعتبار عند إصدار مراسيم تنظيمية التي تحدد كيفية تطبيق عقد حفظ الحق وكذلك أهم النتائج التي توصلنا إليها.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 13-431، المؤرخ 2013/12/18، المتضمن نموذج عقد حفظ الحق، ج.ر، المؤرخة في 2013/12/25، العدد 66.

الفصل الأول

استحدث المشرع الجزائري في بيع العقار قبل إنجاز صيغته الجديدة للممارسة السوق العقارية إلى وهو عقد حفظ الحق، حيث لم تعرفه التنظيمات القانونية إلا بعد صدور القانون رقم 03/86 المتعلق بنشاط الترقية العقارية¹، وكذلك المرسوم التشريعي رقم 93-03² الملغى بالقانون رقم 11-04 المتعلق بالقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية³، لأن أحكامه جاءت غير ملائمة مع الظروف الاقتصادية، السياسية والاجتماعية التي كانت سائدة آنذاك، الأمر الذي أدى بالمشرع إلى إلغائه، أعطى له طابع جديد ضمن القانون رقم 11-04، إلا أن هذا العقد لم يعرف تداوله بكثرة لدى العديد من المشتريين برغم أنه أهم تقنية من تقنيات الترقية العقارية، وهذا ما أدى بنا إلى البحث في مفهوم عقد حفظ الحق وذلك من خلال تعريفه ومن ثم بيان أساسه القانوني في (المبحث الأول) مع تكييف الطبيعة القانونية وذلك من خلال تمييزه عن بقية العقود المشابهة له.

بالإضافة أن عقد حفظ الحق كغيره من العقود يتطلب للإنعقاده صحيحا أن يتم إفراغه في شكل رسمي وهذا طبقا للقانون رقم 11-04، وهو ما سنتناوله في (المبحث الثاني) المتعلق بأركان عقد حفظ الحق.

¹ - المادة (30) من القانون رقم 86-07، السالف الذكر.

² - المرسوم التشريعي رقم 93-03، السالف الذكر.

³ - المادة (27) من القانون رقم 11-04، السالف الذكر.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي لعقد حفظ الحق

إن عقد البيع عقد مسمى والعقود المسماة كثيرة التداول بين الناس في الحياة العملية، وتداولها بكثرة ساعد على إرساء لها قواعد وأحكام قانونية مستقرة تناولها المشرع الجزائري في الباب السابع من القانون المدني، ومن خلال المادة (351) من القانون المدني الجزائري في القسم الأول على أنه (عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي)¹، وبالتالي إن هذا نوع من العقود تنتقل ملكية العقار من البائع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي.

كما تعرض المشرع الجزائري إلى عقد البيع في القسم الثاني وقد عدد أنواع عقود البيع، إلا أنه لم يشر إلى عقد حفظ الحق، وهذا على غرار العديد من التشريعات الأخرى كونه حديث النشأة، حيث يتعلق الأمر بعقار لم يتم تشييده بعد، ولهذا بقيت العديد من المسائل القانونية عالقة، ونظراً لخصوصية هذا العقد سنتطرق إلى مفهومه في (المطلب الأول) وسنتناول خصوصيته في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم عقد حفظ الحق

نظم المشرع الجزائري أحكام خاصة لعقد حفظ الحق فأعطى له ميزة أساسية قد تميزه على الكثير من العقود، أدى هذا طرح العديد من التساؤلات بخصوصية هذا النوع من البيوع، فقد تبنى المشرع الجزائري تقنية عقد حفظ الحق في القانون رقم 86-07 فوجد المادة (30) منه تنص على أنه " يجب أن يتضمن عقد حفظ وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين (27) و(28) أعلاه أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري، عند الاقتضاء ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والشبكات وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء " هذه الحالة

¹ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 78، المؤرخ بتاريخ 1975/09/30.

تشتمل صيغة المعاملة التجارية بعقد حفظ الحق، ويكون خاضع لنصوص وأحكام التشريع الجزائري.

وبعد صدور قانون رقم 04-11 السالف الذكر الذي ألغى سابقه وبهذا قد تدارك المشرع الجزائري النقص الذي شاب عقد حفظ الحق فاسحاً المجال لكل مواطن الحصول على سكن بمقابل تسويق المتعاملين في الترقية العقارية تسويق المشاريع العقارية وتسهيل اقتناء السكنات والعقارات الأخرى وذلك بهدف التقليل من أزمة السكن التي قد تعرضت لها الجزائر في الآونة الأخيرة، وهنا سنحاول الوقوف عند تعريف هذا العقد في (الفرع الأول) وبيان خصائصه في (الفرع الثاني)، ومن ثم نتطرق إلى الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق وما يميزه عن العقود الأخرى في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف عقد حفظ الحق

يعتبر عقد حفظ الحق من الآليات الجديدة التي جاء بها المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 04-11 السالف الذكر والذي يهدف من خلاله إلى تنظيم العلاقة بين المرقى العقاري والمكتب إلى غاية إبرام العقد النهائي، لم يتضمن المرسوم التشريعي رقم 93-30 السالف الذكر عقد حفظ الحق، بل أشار إلى نوع آخر من العقود الخاصة بالعقار في طور الإنجاز وهو عقد البيع على التصاميم¹.

غير أنه بعد مرور أكثر من ثمانية عشر سنة، صدر قانون جديد رقم 04-11 السالف الذكر الذي ألغى بدوره المرسوم التشريعي رقم 93-03، وأعاد صياغة عقد حفظ الحق كنمط جديد في النشاط الترقوي والذي يعتمد عليه المرقى العقاري كشخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص مع إجراءات جديدة وفق التطور الذي عرفه النشاط العقاري تشريعياً وعملياً².

¹ - بن عيسى محمد، المسؤولية الجزائية للمرقى العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2016/2017، ص 115.

² - نسيم موسى، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية - عقد بيع العقار في طور الإنجاز - ، أطروحة دكتوراه في العلوم، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2016، ص 96.

حيث نصت المادة (27) من القانون رقم 04-11 السالف الذكر على تعريف شامل ودقيق لعقد حفظ الحق على أساس أنه " العقد الذي يلزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير - يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة - "، مع العلم أن هيئة هذه الأخيرة تعتبر الهيئة الوحيدة المخولة قانوناً بضمان تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات وضمان إتمام الأشغال وتغطية أوسع بالالتزامات المهنية والتقنية¹.

كما يتعين على المرقى العقاري بعد (03) ثلاثة أشهر على الأكثر بعد الاستلام المؤقت للبناءية أو جزء منها، بإعداد عقد بيع البناءية أو جزء منها المحفوظة أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف حفظ الحق².

ولقد عرفه القانون الفرنسي رقم 67-03 المؤرخ في 03/01/1967، المتضمن قانون البناء والسكن في المادة (15-261)³.

حيث يعتبر عقد ابتدائي يسبق العقد النهائي، والذي بموجبه يلتزم البائع بأن يحجز عقار أو جزء من عقار المشتري المحجوز له على أن يدفع هذا الأخير مبلغ مالي كضمان يودع في حساب خاص باسم صاحب حفظ الحق في البنك أو لدى الموثق، ويجب على البائع أن يبلغ الحاجز خلال شهر بمشروع عقد البيع النهائي قبل التوقيع على العقد طبقاً لنص المادة (34) من قانون البناء والسكن التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير⁴.

¹ - المادة (54) من القانون 04-11، السالف الذكر.

² - حسب المادة (33) من نفس القانون وأنظر كذلك إلى محتوى نموذج العقد المعتمد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431-13، المؤرخ 2013/12/18، ج.ر، المؤرخة في 2013/12/25، العدد 66، ص 11.

³ - L'Article L261-15 " la vente prévue à l'article L 261-10 peut être précédée d'un contrat préliminaire effectué à un compte spécial le vendeur s'engage immeuble ou une partie d'immeuble ...; les fonds déposés sont indisponibles jusqu'à la conclusion du contrat de vente..."

المأخوذة من مذكرة بن همام نحية، عقد حفظ الحق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2015، ص 6.

⁴ - آسيا دوة، مداخلة بعنوان " عقد حفظ الحق "، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر " الواقع والآفاق"، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و 28 /02/ 2012، "، ص 03.

الفرع الثاني

خصائص عقد حفظ الحق

إن عقد حفظ الحق نجده يتضمن خصائص يشترك بها مع عقد البيع (البيع العادي) ومن بينها:

- **عقد ملزم للجانبين:** يعتبر عقد حفظ الحق من العقود التبادلية طبقا للقواعد العامة لاسيما المادة (55) من القانون المدني التي تنص على أن " يكون العقد ملزم للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعهدهما البعض " وبالتالي فإن عقد حفظ الحق يترتب التزامات متقابلة، حيث أن المرقى العقاري يلتزم بتخصيص العقار المقرر بناؤه وفي طور الإنجاز لصاحب حفظ الحق فور إنجائه في المقابل يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق نقدي باسمه يودع في حساب خاص لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة¹.

لقد كرّست المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/04/08 كما يلي [لا يعد عقد حفظ الحق ملزم لجانبين عقد إذعان.

المستفيد من السكن ملزم بتسديد المبلغ المتفق عليه في عقد حفظ الحق المستفيد من السكن موضوع عقد حفظ ملزم لتسديد الثمن حقيقي للسكن على ضوء الأشغال المنجزة فعلا². وهو ما نصت عليه المادة (30) من القانون 86-07 والمرسوم التشريعي رقم 93-03 السالف الذكر (الملغى)³.

- **عقد غير ناقل للملكية:** لا ينعقد البيع لوارد العقار انعقاداً صحيحاً إلا إذا استوفى ركن الشكالية كركن رابع بالإضافة إلى الأركان الأخرى المعروفة، من رضا ومحل وسبب، إذ يجب أن يحرر البيع العقاري في وثيقة رسمية من طرف الموثق بحيث تنص المادة (793) من القانون المدني على أن " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين

¹ - بن حمام نجية، المرجع السابق، ص 13.

² - المحكمة العليا، القرار رقم 516800، المؤرخ في 2009/04/08، الصادر عن الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد الثاني، ص 243.

³ - الغرفة العقارية، قضية (س.ن) ضد (المؤسسة الولائية لترقية السكن العائلي بأم البواقي)، ملف رقم 516800 قرار، بتاريخ 2009/04/08، مأخوذ من حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء الأحداث والقرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، 2009، ص 243.

المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري " وبالتالي لا تنقل ملكية عقار من البائع إلى المشتري إلا إذا استوفى جميع إجراءات نقل الملكية المتمثلة في التسجيل والشهر¹ فهذا من الأصل العام إلا أن عقد حفظ الحق يعتبر عقد غير ناقل لملكية العقار محل حفظ الحق فهو عقد يربط التزامات شخصية بين طرفيه، حيث نص المشرع الجزائري على إمكانية فسخه في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، إما باتفاق الطرفين أو بطلب من أحد أطرافه سواء كان صاحب حفظ الحق أو المرقى العقاري طبقا لنص المادة (32) من القانون رقم 04-11 السالف الذكر

- **عقد مكتوب:** هناك شروط لابد من توافرها في محرر العقد حتى يتصف هذا الأخير بالرسمية²، على عكس العقد العرفي فالقانون لم يحدد أي شكلية لإبرامه، وأن أساس صحة هذا النوع من العقود يتمثل في مضمون العقد وتوقيعات الأطراف وفي بعض الأحيان توقيعات الشهود والخط.

إن المشرع الجزائري نص على عقد حفظ الحق في القانون رقم 86-07 السالف الذكر في المادة (31) منه على أنه " خلافا لأحكام المادة (12) من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 والمتضمن تنظيم التوثيق، وأحكام المادة (71) من القانون المدني، يحرم العقد التمهيدي المسمى " عقد حفظ الحق " في شكل " عقد عرفي " ويخضع لإجراء التسجيل " ونصت المادة (35) من المرسوم التنفيذي رقم 86-38 المؤرخ في 04/03/1986 المحدد لشروط الاكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته، ويضبط دفتر الشروط النموذجي والمناول النموذجي لعقد حفظ الحق، على أنه تسمى " وثيقة عقد حفظ الحق " وهي لازمة في أي بيع آجل، وتحرر في شكل عرفي وتخضع لإجراء التسجيل³.

وبصدور القانون رقم 04-11 السالف الذكر المؤرخ في 17/02/2011 لم يتضمن شكل عقد حفظ الحق إذا كان يتم في شكل عرفي أم في شكل رسمي وترك تحديد شكله للتنظيم الذي لم يصدر بعد.

¹ - دريدري شنتي، الدليل القانوني والإداري للوكيل العقاري، دون طبعة، دار جيطلي للنشر، برج بوعريبيج، الجزائر، 2012، ص 96.

² - آسيا دوة، المرجع السابق، ص 04.

³ - نفس المرجع، ص 14.

ومن المفروض أن يكون عقد حفظ الحق المنظم بموجب القانون رقم 11-04 السالف الذكر في شكل رسمي لأنه متعلق بملكية عقارية، وهذا ما تفرضه أحكام قانون التسجيل بما في ذلك نص المادة (351) منه المعدلة والمتممة بموجب نص المادة (63) من قانون المالية لسنة 1992¹، على أنه " يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية أو الصناعية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو التعديلية للشركات "، قبل صدور قانون المالية لسنة 1992 كان يجوز تسجيل العقود العرفية المتضمنة لأموال عقارية غير أنه بعد سنة 1992 لا يمكن تسجيلها إلا إذا كانت في شكل رسمي، وبما أن عقد حفظ الحق محله أموال عقارية رغم أنه لا تنتقل لصاحب حفظ الحق فلا بد أن يكون العقد في شكل رسمي، ولهذا فإن عقد حفظ الحق قد يتشابه مع بعض العقود الأخرى، وعليه سنتطرق إلى تمييزه عن بقية العقود في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

تمييز عقد حفظ الحق عن العقود الأخرى المشابهة له

بالرغم من وجود مميزات خاصة بعقد حفظ الحق إلا أن هذا لا يمنع من وجود عقود قد تتشابه أو تختلف عنه، وعليه وجب علينا استخراج أوجه التشابه والاختلاف بينهما:

أولاً: تمييز عقد حفظ الحق عن عقد البيع على التصاميم

سبق وأن أشرت إلى أن أهم ميزة في عقود البيع هو أنها عقود ناقلة لملكية المبيع إلى المشتري، وإلى جانب انصراف إرادة المتعاقدين إلى إبرام العقد، وتحديد المبيع وثمانه واستيفاء الركن الشكلي في التصرفات العقارية فإن المشرع الجزائري أفرد نصوصاً خاصة ينبغي مراعاتها أيضاً حينما يتعلق الأمر ببيع عقار مبني أبرم بين شخصين أو أكثر مع أحد المتعاملين في الترقية العقارية ثم الاتفاق على شكله الهندسي كما يشير إليه القانون المتعلق بالنشاط العقاري الصادر بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-03 السالف الذكر²، بحيث تنص المادة (1/08)

¹ - المادة (63) من القانون رقم 91-25 المؤرخ في 18/12/1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج.ر، المؤرخة في 18/12/1991، العدد 65، ص 2440.

² - المادة (30) من المرسوم السالف الذكر.

على أنه " تظل المعاملات التجارية التي تتعلق ببنائية أو جزء من بنايات خاضعة للتشريع المعمول به ولاسيما أحكام القانون المدني في هذا المجال، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليه أدناه والمتعلقة بالبيع اعتمادا على التصاميم"¹

لقد كرّست المحكمة العليا بقرارها الصادر بتاريخ 2008/11/19 على ما يلي²:

[يحرر عقد بيع بناء على التصاميم وجوباً في شكل رسمي AUTHENTIQUE تحت طائلة البطلان].

عرفت المادة (28) من القانون 04-11 السالف الذكر بيع العقار ببناء على التصاميم لبنائية أو جزء من بنائية مقرر بناؤها أو في طور البناء، على أنه " العقد الذي يتضمن ويكرّس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تفقده الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز "

من خلال هذا التعريف تتضح لنا الفوارق الجوهرية بين عقد بيع بناء على التصاميم وعقد حفظ الحق، وإن كانا يجتمعان في بعض النواحي وهي:

- أن محل البيع ينصب على عقار لم ينجز بعد، وأن يكون للبائع صفة المرقى العقاري.

- ويعتبر بيع العقار بناء على التصاميم عقداً نهائياً ناقل لملكية الشيء المبيع أي العقار، ويخضع لإجراءات التسجيل والشهر في المحافظة العقارية.

وبالتالي يرتب حقوق عينية، في حين أن عقد حفظ الحق باعتباره عقد ابتدائي يكون في شكل رسمي ومسجل فإن ملكية العقار المحفوظ لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد إبرام العقد النهائي، ويترتب عن ذلك أن الالتزام الذي يقع على البائع في عقد البيع على التصاميم وهو

¹ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هوم، الجزائر، 2008، ص ص 185 - 186.

² - المحكمة العليا، قرار رقم 436937 المؤرخ في 2008/05/21 الصادر عن الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 2، ص 193.

الالتزام بنقل ملكية، وهو ما جاءت به نص المادة (28) من القانون رقم 04-11 السالف الذكر¹.

- زيادة على ذلك انتقال ملكية العقار في عقد البيع على التصاميم بالموازاة مع تقدم الأشغال، وتسديد المكتب لثمن الجزء المنجز من البناء وذلك بصفة دورية، أما بالنسبة لعقد الحفظ فإن سعر العقار يكون على دفعتين، الأولى بمثابة تسبيق والثانية تمثل التسديد النهائي والتي على أثرها تنتقل ملكية الملك المحفوظ لصاحب حفظ الحق.

- يعتبر عقد حفظ الحق عقد مسمى كون المشرع تولى تعريفه وتنظيم أحكامه من خلال القوانين التي تنظمه، ومع هذا تبين من خلال مما سبق أنه عقد خاص من حيث الطبيعة².

ثانيا: تمييز عقد حفظ الحق عن الوعد بالترفضيل

الوعد بالترفضيل هو عقد الوعد الذي يلتزم فيه الواعد (المالك) إذا هو رغب في بيع شيء أن يعرضه أولا على الوعود له تفضيلا له على غيره فإن قبل الموعد له شراؤه تم البيع، فالمالك الواعد لم يلتزم ببيع الشيء وإنما يلتزم بمنح أحد الأشخاص الأولوية في الشراء إذا رغب هو في بيع هذا الشيء خلال مدة معينة.

فالوعد بالترفضيل هو صورة من صور الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، وفيه لا يتم البيع النهائي إلا بتحقيق أمرين:

¹ - تنص المادة (28) من القانون رقم 04-11 السالف الذكر على أن " هو العقد الذي يتضمن ويكرّس تحويل حقوق الأرض وملكيات البناءات من طرف المرقى العقاري"، بينما يترتب على عقد حفظ الحق الالتزام بعمل، حيث يلتزم المرقى العقاري بتشييد البناء، وتخصيصه لصاحب حفظ الحق لغرض بيعه فور إنجازه أي إبرام العقد النهائي الناقل للملكية".

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون الجزائري-، طبعة 5، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 29.

الأول: أن يقرر الواعد (المالك) بيع شيء.

والثاني: أن يعبر الموعود له عن رغبته في الشراء، كما يجب أن يشتمل الوعد بالترفضيل عن تعيين الشيء الموعود به والتمن والمدة التي يجب خلالها أن يعرض الواعد الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه¹.

الوعد بالترفضيل وهو عقد بمقتضاه يتعهد فيه الواعد إذا أراد أن يبيع شيء عرضه على الموعود له قيل أي شخص آخر، فإذا أعلن الموعود له عن رغبته في ذلك إنعقد العقد النهائي للبيع... وهذا النوع من الوعد لا يتم إلا بتوافر أمرين:

1. أن يرغب الواعد بالبيع وأن يرغب الموعود له بالشراء.

2. أن لا يكون التزام الواعد بعرض الشيء على الموعود له معلقا على شرط واقف وهو رغبته بالبيع.

أما بالنسبة لآثار هذا الوعد هو إنشاء التزام في ذمة الواعد لصالح الموعود له حيال رغبته في البيع ومثله مثل الوعد تجعله القوة القاهرة دون التزام ناشئ في ذمة المتعاقدين فهي تسقط الالتزام².

كما يجب إفراغ عقد الوعد بالترفضيل المنصب على عقار في قالب رسمي وفقا لما نصت عليه المادة (2/71) من القانون المدني، وعليه بالإضافة إلى الرسمية والتسجيل، يجب أن يكون محل شهره في المحافظة العقارية³.

من خلال التطرق إلى الوعد بالترفضيل والأحكام التي تنظمه نلاحظ أوجه تشابه بينه وبين عقد حفظ الحق وتتمثل في:

¹ - فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة - الكتاب الأول، عقد البيع -، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 62.

² - لحسين بن الشيخ آث ملوكا، المنتقى في عقد البيع - دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة-، الطبعة الثالثة، دار هومه للنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص 11 - 12.

³ - المادة (2/71) من القانون المدني الجزائري.

- في الوعد بالترفضيل يلتزم الواعد بعرض عملية بيع الشيء الوعود به للمستفيد فحسب إذا ما أبدى رغبته في البيع، كما يلتزم المرقى العقارى بعرض مشروعه للبيع على صاحب حفظ الحق عن الانتهاء من المشروع.

- يمكن أن يكون الثمن في الوعد بالترفضيل غير محدد بصفة نهائية إنما قابل للتحديد إلى حين الواعد قرر عرض العقار للبيع، وينطبق هذا على عقد حفظ الحق، حيث لا يتم تحديد الثمن بصفة نهائية، إنما يعتبر الثمن تقديرى قابل للتغيير.

- يرتب كل من الوعد بالترفضيل وعقد حفظ الحق حق شخصى فحسب، غير أنه لا يمكن اعتبار عقد حفظ الحق على أنه وعد بالترفضيل للأسباب التالية:

1. الواعد غير ملزم بإبرام العقد النهائى، إنما يلتزم بالتفاوض مع المستفيد لإبرام العقد النهائى وإعطاء المستفيد أفضلية على الغير فى التعاقد عندما يرغب فى ذلك، فى حين يلتزم المرقى العقارى بإبرام العقد النهائى، وذلك وفقاً للمادة (33) من القانون 11-04¹. السالف الذكر

2. المستفيد فى الوعد بالترفضيل غير ملزم بدفع تسبيق نقدي للواعد، إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك، ويعتبر سعراً للاستفادة من العرض وليس تسبيقاً لثمن العقار إذ أن الواعد لم يقرر بعد أن يبيع الشيء الموعود به، فى حين يلتزم صاحب حفظ الحق بإيداع تسبيق نقدي لا يقدم إلى المتعاقد معه أى المرقى العقارى، إنما يودع لدى هيئة خاصة والمتمثلة فى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ويتم تحديد نسبة هذا التسبيق وفقاً للقانون وهى 20 % من السعر الإجمالى للعقار.

3. لا يمكن للواعد التصرف فى العقار محل الوعد بالبيع، إنما يمكن أن يتصرف فى الهبة أو الوصية، فى حين أنه يمنع على المرقى العقارى القيام بأى تصرف قد ينقل ملكية العقار المقرر بناؤه لغير صاحب حفظ الحق².

¹ - المادة (33) من القانون رقم 11-04، السالف الذكر.

² - بن همام نجية، المرجع السابق، ص 22.

4. قد لا يتمتع الواعد بالأهلية عند إبرام العقد فالعبرة بتوافرها وقت وجود الرغبة في البيع¹، أما المرقى العقاري فبالإضافة إلى الأهلة المدنية، يجب أن يتمتع بالأهلية التجارية وصفة المرقى العقاري وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون رقم 11-04. السالف الذكر.

ثالثا: تمييز عقد حفظ الحق عن عقد الوعد بالبيع

الوعد بالبيع عقد يلتزم بموجبه الواعد ببيع شيء إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء في مدة معينة، وكثيرا ما يلجأ إلى هذا العقد في الحياة العملية خصوصا بعد أن تعقدت المعاملات وتشعبت²، ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام الوعد ببيع العقار في المادتين (71) و(72) من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

وتنص المادة (71) على أنه " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد ".

وتضيف المادة (72) من نفس الأمر على أنه " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما تعلق منها بشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد "³.

ومن خلال هاتين المادتين يتضح بأن الاتفاق الذي يبرمه المتعاقدين الوارد على العقار المضمن الوعد ببيعه لا ينعقد إلا إذا عينت جميع مسائله الجوهرية للعقد المراد إبرامه وتحديد

¹ - عبد الحكيم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعريون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1992، ص 88.

² - أنور سلطان، العقود المسماة شرع عقدي البيع والمقايضة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 98.

³ - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 99 - 100.

المدة الزمنية التي يتعين إبرامه فيها ويجب أن تتوافر في عقد الوعد بالبيع جميع الشروط والأركان والذي يجب أن تتوافر في تصرف المتضمن عقد بيع العقار¹.

وعلى هذا الأساس لقد كرّست المحكمة العليا بتاريخ 17/04/1996 ما يلي:

[إذا كان القانون يخوّل للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا أنكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد فإنه اشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع]².

ومن خلال تطرقنا إلى أهم عناصر عقد الوعد بالبيع نجد أن هناك نقاطا يتشابه فيها هذا الأخير مع عقد حفظ الحق والتي تتمثل في:

- يعتبر كلا العقدين من العقود التي تمهد للبيع النهائي وهي بالتالي لا تنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وإنما ترتب حقوق شخصية فحسب.
- يلتزم الواعد بالبقاء على وعده خلال المدة المتفق عليها وبعدم التصرف في العقار إلى حين ظهور رغبة الموعود له، كما يلتزم المرقى العقاري بعدم التصرف في البناية عند تمام إنجازها إلا لصاحب حفظ الحق.
- بما أن محل عقد حفظ الحق هو عقار لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز، فإنه يمكن أيضا أن ينصبّ وعد بيع عقار على العقار قابل للوجود في المستقبل طبقا لما جاء في نص المادة (92) من القانون المدني³.
- أن كلا من العقدين من البيوع الآجلة يتحققان بمرور مدة زمنية معينة يجب أن تتحدد في العقد وإلا اعتبر باطلا.

نلاحظ أننا سجّلنا عدة اختلافات قائمة، وهي:

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، (العقود التي تقع على الملكية، البيع)، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون سنة، ص 59.

² - المحكمة العليا، القرار رقم 154760 المؤرخ في 17/04/1996 الصادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، 1996، العدد 1، ص 99، مأخوذ من جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء 1، ط3، منشورات كليك، الجزائر، 2017.

³ - تنص المادة (92) سالف الذكر على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو محققا. غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

- يجب على صاحب حفظ الحق أن يدفع تسبقاً لا يتجاوز 20% من المبلغ الإجمالي للبناية لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، في حين لا يوجد نص يلزم الموعود له تقديم هذا التسبيق إلى الواعد.
- إن الوعد ببيع عقار أصبح عقداً مشهراً بالمحافظة العقارية، في حين أن عقد حفظ الحق يخضع للتسجيل فقط ولا يتطلب القانون فيه الشهر.
- يكون الثمن في عقد حفظ الحق تقديرياً قابلاً للتغيير، إذ بالرغم أن هذا الثمن توصل إليه المرقى العقاري بناءً على دراسات فنية واقتصادية، في حين أن الوعد ببيع عقار وبما أن المشرع نص على ضرورة شهره لدى المحافظة العقارية فإن هذه الأخيرة ترفض القيام بهذا الإجراء إذا لم يذكر في عقد الوعد بالبيع السعر المتفق عليه، وعليه يكون السعر محدداً تحديداً نهائياً وفي حالة تغييره يعد الواعد مخلاً بالتزامه¹.
- ومن خلال هذا نقول أن لعقد حفظ الحق له خصوصية ميزته عن عقد البيع العادي وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

خصوصية أحكام عقد حفظ الحق

إن أهم ما جاء به القانون رقم 04-11 السالف الذكر خصوصية عقد حفظ الحق، الأمر الذي أدى بنا إلى البحث عن أحكام هذا العقد من خلال إكمال بيان مفهومه الذي لا يزال مجهولاً وغير واضح، وذلك بعد التطرق إلى مفهوم هذا العقد في المطلب الأول، حيث جاء المطلب الثاني للبحث عن خصوصية هذا العقد (عقد حفظ الحق) الذي يختلف تماماً على البيع العادي.

فعقد حفظ الحق يعتبر تقنية من تقنيات الترقية العقارية لارتباطه ارتباطاً وثيقاً في مجال نشاط الترقية العقارية، فلا يمكن إبرام هذا النوع من العقود خارج الإطار².

¹ - بن حمام نجية، المرجع السابق، ص 19.

² - فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 83.

إن محل هذا العقد ينصب على بيع عقار لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز، ووجوب إفراغه في شكل رسمي، ويترتب عن ارتباط هذا العقد بنشاط الترقية العقارية نتائج مهمة سواء بين أطراف العقد أو على العقد ذاته، وهذه الخصوصية تجعل لكلا الطرفين التزامات وضمانات لا تشبه الالتزامات في البيع العادي، بل هي نتائج خاصة ينفرد بها بيع عقار بعقد حفظ الحق¹.

الفرع الأول

من حيث أطراف العقد

يتمثل أطراف عقد حفظ الحق في المرقى العقاري مثلما جاءت تسميته في القانون رقم 04-11 باعتباره البائع، وصاحب حفظ الحق باعتباره المشتري.

أولاً: المرقى العقاري

1. **تعريف المرقى العقاري:** مصطلح المرقى العقاري ظهر في القانون رقم 04-11 سالف الذكر، حيث عرف هذا الشخص عدة تسميات وتعريفات في التشريع الجزائري ففي ظل القانون رقم 86-07 السالف الذكر المؤرخ في 04/03/1986 والذي فتح المجال أمام الخواص للمشاركة في الترقية العقارية، لم يقم المشرع بتعريف المرقى العقاري، بل عدد الأشخاص القائمون بالترقية العقارية في المادة (06) من نفس القانون على سبيل الحصر سواء في القطاع العام أو الخاص، فبالنسبة للقطاع العام يتولى إنجاز عمليات الترقية العقارية كل من الجماعات المحلية، أما بالنسبة للقطاع الخاص فيتمثل في الخواص القائمين بالبناء الذاتي سواء كانوا فرادا أو منتظمين في تعاونيات عقارية².

وبصدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 السالف الذكر والذي ألغى القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية بموجب المادة (30) منه، لقد جاء هذا المرسوم بتسمية جديدة المرقى العقاري، فبعد أن سماه المكتتب أصبح يسمى المتعامل في الترقية العقارية، وما يلاحظ

¹ - مديحة خنوفة، الضمانات القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014، ص 16.

² - بوسته إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 21.

على المشرع أنه جاء بتعريف مركب في مادتين، المادة (1/2) والمادة (1/3). فنصت المادة الثالثة في الفقرة الأولى على أن " يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة (02) السابقة متعاملا في الترقية العقارية"، ونصت المادة (1/02) على أن " يشمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة"، وبتركيب المادتين نستنتج أن المتعامل في الترقية العقارية هو كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطات تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية من أجل بيعها أو إيجارها أو تحقيق حاجات خاصة¹.

2. صفة المرقى العقاري:

يترتب على اعتبار المرقى العقاري تاجرًا وفقا لنص المادة (19) من القانون رقم 04-11² السالف الذكر خضوعه إلى القواعد التي تنظم القانون التجاري والمراسيم التنفيذية التي تنظم الممارسات التجارية وتتمثل³:

- ممارسة الأعمال التجارية على وجه التكرار.
- القصد باتخاذها مهنة معتادة له.
- عدم استبعاد المشرع الشخص من طائفة التجار.
- أن يكون تاجرًا متمتعًا بالأهلية القانونية.

¹ - نادية منصوري، الترقية العقارية الخاصة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2001/2002، ص 12.

² - تنص المادة (19) من القانون رقم 04-11 على أن " يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و 18 أعلاه، طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط المحددة في هذا القانون ".

³ - المادة (05) من المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد التزامات ومسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، المؤرخ في 20/02/2012، ج.ر، المؤرخة في 26/02/2012، العدد 11، ص 10.

3 - أنواع المرقى العقاري:

من خلال نص المادة (13/03) من القانون رقم 04-11 السالف الذكر¹ يتبين لنا أن نشاطات الترقية العقارية تختلف باختلاف الأشخاص القائمين بها، لذلك قد يكون المرقى العقاري مرقى عقاري عام أو مرقى عقاري خاص.

- المرقى العقاري العام: ويتمثل في الجماعات المحلية بالإضافة إلى المؤسسات العمومية المؤهلة المتمثلة في الوكالات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، وديوان الترقية والتسيير العقاري، المؤسسة الوطنية للترقية العقارية والوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره والصندوق الوطني للتوفير والاحتياط.

- المرقى العقاري الخاص: يتمثل في شخص طبيعي، أي كائن بشري يتمتع الإنسان بشخصية قانونية فترة وجوده أي مدى حياته، وقد يكون المرقى العقاري الخاص شخص معنوي وهو شخص قائم بذاته ومستقل عن الأشخاص المكونين له، وتقسم الأشخاص المعنوية الخاصة إلى شركات تهدف إلى تحقيق الربح، والمرقى العقاري المعنوي الخاص يكون إما في شكل شخص واحد في إطار شركة ذات شخص وحيد أو في شكل أشخاص متعددة في إطار شركة ذات مسؤولية أو في شكل شركة توصية أو شركة مساهمة وهي تأخذ شكل الشركات التجارية².

ثانيا: صاحب حفظ الحق

يعتبر صاحب حفظ الحق الطرف الثاني في عقد حفظ الحق، ولا يختص بموجب هذا العقد بأحكام خاصة، وعليه يطبق أحكام القواعد العامة فيما يخص الإرادة والأهلية، وحسب ما تقرره المادة (40) من القانون المدني يجب أن يتوافر فيه الأهلية الكاملة، والمقصود بالأهلية هي أهلية الأداء، أي أهلية الشخص للقيام بتصرفات قانونية، وهي بلوغ 19 سنة، وأن تكون إرادته سليمة لا يشوبها أي عيب.

وهو الشخص المستفيد من العقار المبيع، ويعتبر مالكة من تاريخ التوقيع على محضر التسليم إلى يوم التوقيع على العقد، وذلك بأثر رجعي.

¹ - تنص المادة (13/03) من القانون رقم 04-11 سالف الذكر على "يعد مرقياً عقارياً في مفهوم هذا القانون، كل شخص

طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع..."

² - بن عيسى محمد، المرجع السابق، ص25.

إن المرسوم التشريعي رقم 03/93 السالف الذكر قد أعطى للمشتري وصفا آخر على خلاف القانون رقم 86-07 السالف الذكر حيث كان هذا الأخير يسمى المشتري بالمرشح للملكية، والفرق بين المصطلحين يظهر جليا في أن المشتري في عقد البيع على التصاميم يعتبر مالكا للعقار من يوم التوقيع على محضر التسليم إلى يوم التوقيع على العقد بأثر رجعي، أما المقصود بالمرشح للملكية في عقد الحفظ حسب القانون رقم 86-07، فهو الشخص المؤهل لاكتساب الملكية بموجب عقد عرفي يخضع للتسجيل، ولكن الملكية لا تنتقل إليه إلا بعد 06 أشهر من انتهاء الأشغال.

ويبدو من خلال اطلاعنا على الواقع العملي أن أغلب المتعاملين في الترقية العقارية لا يقدمون على إبرام عقود البناء على التصاميم إلا في منتصف مدة الإنجاز (البناء نصف جاهز) أو عند انتهاء المدة (البناء جاهز)، وهذا دون إمكانية تملك المشتري للبناء¹. وعلى هذا الأساس تعتبر الترقية العقارية الهيئة التي تنظم المعاملات العقارية النشاط العقاري سوى في مدة إنجاز البناء أو إنهاؤها، ولهذا سنتطرق في الفرع الثاني إلى ارتباط عقد حفظ الحق بمجال الترقية العقارية.

الفرع الثاني

من حيث ارتباطه بالترقية العقارية

حاول المشرع تحديد الترقية العقارية من خلال سلسلة من التشريعات بهدف ضبط نشاط المرقى العقاري واستحداث صيغة جديدة لعقد حفظ الحق للحد من أزمة السكن بهدف تشجيع الاستثمار في هذا القطاع، بهذا سنتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم الترقية العقارية وتطويرها.

أولا : مفهوم الترقية العقارية

تناول المشرع الجزائري التعريف بالترقية العقارية في نص المادة (02) من القانون رقم 86-07 السالف الذكر على النحو التالي " تستهدف الترقية العقارية تطوير الأملاك العقارية الوطنية".

وتتمثل الترقية العقارية التي تكيف حسب الحاجات الاجتماعية في مجال السكن في بناء عمارات أو مجموعات تستعمل للسكن أساسا، وتشتمل بصفة ثانوية على محلات ذات طابع

¹ - جريب أم الحسن، محاضرات في الترقية العقارية (البيع على التصاميم لصفة خاصة)، موجهة لطلبة القضاة، السنة الثالثة، الجزائر، دفعة 2004، ص 04.

مهني وتجاري، تقام على أرض خاصة أو مقتناة عارية أو مهينة أو واقعة ضمن الأنسجة الحضارية الموجودة في إطار إعادة الهيكلة أو التجديد، غير أن القانون رقم 86-07 أصبح ملغى بالمرسوم التشريعي رقم 93-03 السالف الذكر¹، حيث خصص المشرع الفصل الأول منه للترقية العقارية، وعرفها في نص المادة (02) منه " يشتمل النشاط العقاري على مجموع الأموال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة".

يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية محال ذات الاستعمال السكني أو محال مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري².

نتيجة للانتقادات الموجهة للصنفين السابقين، من حيث حصر مجال الترقية العقارية في الأول، وخط مفهوما بالنشاط العقاري في الثاني، وفي الوقت الذي بات فيه المرسوم التشريعي رقم 93-03³ سالف الذكر عاجز عن استيعاب النشاط الموسع للترقية العقارية، صدر القانون رقم 11-04 السالف الذكر الذي عرف المشرع من خلاله الترقية العقارية في المادة (10/03) بنصها على أن الترقية العقارية هي " مجموعة عمليات تعبئة المواد العقارية والمالية وكذا إدارة المشاريع العقارية".

من خلال هذا التعريف نلاحظ تدارك المشرع الجزائري لما كان من خلط وقصور في التعريفين السابقين، حيث أعطى مجالا أوسع للترقية العقارية، ووسع نشاطها ليشمل مواضع المشاريع العقارية، التي عرفها في المادة (9/03)⁴ من القانون رقم 11-04 سالف الذكر.

ثانيا: تطوير الترقية العقارية

تتدخل شركة ضمان القرض العقاري في تطوير العمليات المتعلقة بالاستثمار في الترقية العقارية، ويخضع قرض المؤطرين المقاولين العقاريين لمعايير إدارية (كتوفر صفة التاجر،

¹ - ألغى القانون رقم 86-07 بموجب المادة (30) من المرسوم التنفيذي رقم 93-03 سالف الذكر.

² - إيمان بوسنة، المرجع السابق، ص 16 - 17.

³ - هذا المرسوم ألغى بموجب المادة (80) من القانون رقم 11-04.

⁴ - تنص المادة (03) من القانون رقم 11-04، سالف الذكر على أن " المشروع العقاري هو مجموع النشاطات المتعلقة بالبناء والتهيئة والإصلاح والترميم والتجديد وإعادة التأهيل وإعادة الهيكلة وتدعيم البنايات المخصصة للبيع أو الإيجار، بما فيها تهيئة الأرضيات المخصصة لاستقبال البنايات".

الملكية الخاصة بالعقار، رخصة البناء والتصاميم، رخصة خاصة من طرف المؤطر، المقاول العقاري، والسماح بمراقبة مركز المخاطر للبنك الجزائري).

وكذلك معايير مالية المتمثلة في: المكانة المالية للمؤسسة الخاصة بالمقاول العقاري (التوثيق، المردودية، القدرة المالية، وتقييم المشروع وفعاليتها، الحصة العينية المالية، والشخصية المملوكة للمصرف أو المؤسسة المالية)¹.

- التطور التشريعي للترقية العقارية: لأجل تطوير الاستثمار في قطاع السكن كان لزاما أن تعهد هذه العملية إلى مقاولات البناء، لامتناس أكبر عدد ممكن من المحتاجين إلى سكن خاص، في ظل النظام الاشتراكي كانت المؤسسات العمومية المتمثلة في البلدية ودواوين الترقية والتسيير العقاري، ومؤسسات ترقية السكن العائلي، والصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، تحتكر ميدان السكن إلا أنها عجزت عن تلبية المتزايد، لاسيما أمام نقص الإمكانيات والوضعية الاقتصادية والاجتماعية غداة الاستقلال.

الأمر الذي جعل المشرع يتدخل بسن القانون رقم 86-07 السالف الذكر (الملغى) الذي يعتبر قفزة نوعية في فتح الميدان للمبادرة الخاصة لتخفيف العبء على الدولة، تماشيا مع سلسلة الإصلاحات الاقتصادية المعلن عنها في بداية النصف الثاني من الثمانينات.

إن أهم ما يميز القانون رقم 86-07 (الملغى) أنه لا يعترف بصفة المرقى العقاري للخواص الأمر الذي يخرج أعمال الترقية العقارية عن الأعمال التجارية، واعتبارها أعمال من الأعمال المدنية المحضة بالرغم من قدرتها على التجميع، بحيث تتوقف هذه الأعمال على المبادرة من قبل البلدية، التي تقوم بإعداد دفتر الشروط، وبتخصيص العقارات الموجهة في الاحتياطات العقارية كوعاء لتنفيذ الأشغال، وبإشهار مشاريعها لاختيار أحسن المقاولين المرشحين الملزمين بدفع مبلغ كفالة، غير أن هذا كان يقف عائقا سيكولوجيا في وجه المقاولين والمستثمرين الخواص².

¹ - إيمان بوسسته، المرجع السابق، ص 220.

² - مسكر سهام، دور نشاطات الترقية العقارية في دفع عجلة الاستثمار في قطاع السكن، الملتقى الدولي الثالث حول: الأداء المتميز للمنظمات والحكومات " أخلاقيات الأعمال والمسؤولية الاجتماعية " يومي الإثنين والثلاثاء 27 و28/11/2017، دون سنة نشر، البلدية، ص 04.

لكن في ظل أحكام القانون رقم 04-11 سالف الذكر يلتزم المرقى العقاري بعد ثلاثة (03) أشهر من الاستلام المؤقت لإعداد عقد البيع بناء على التصاميم وهو ما تنص عليه المادة (33) من القانون رقم 04-11 سالف الذكر، ويلجأ المرقى العقاري لإبرام هذا العقد عندما يطلب القرض لتمويل عملية البناء حسب مفهوم المخالفة للمادة (36) ربما لحماية التسبيقات المدفوعة من طرف صاحب حفظ الحق، كما لا يستفيد المرقى من دفعات المرشح للملكية لتمويل مشروعه خلافا لعقد البيع على التصاميم، ثم أن مسألة عجز المرقى عن دفع أقساط القرض أو عن تمويل عملية الإنجاز أو إفلاسه، قد تكون في العقدين المذكورين، وهنا يبرز دور الصندوق في ضمان عملية الإنجاز وتسبيقات ودفعات المشتري لهذا السكن الترقوي.

وبالتالي أن عقد حفظ الحق كبقية العقود لا ينعقد إلا بتوفر شروط ولو أنه يمتاز ببعض الخصوصية، ولذا يجب أن يتوفر في هذا العقد ثلاثة أركان سوف نتطرق إليها في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

أركان عقد حفظ الحق

لإتمام صحة العقد يجب أن تتوافر على شروط (أركان)، وتنقسم هذه الأخيرة الواجب توافرها في عقد حفظ الحق إلى أركان موضوعية وأخرى شكلية، غير أن عقد حفظ الحق يختلف تماما عن البيع العادي في الأركان وإن كان هذا الاختلاف ليس كلياً، فتبقى هذه الأركان منظمّة في القواعد العامة للقانون المدني فإذا انعدم القانون كأن يتخلف شرط تقابل الإيجاب والقبول مع تطابقها يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو تخلف في السبب شرط المشروعية أو الإمكان أو التعبير، أما المحل فهو ركن في الالتزام لا في العقد، وهذا الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن المشتري، فإن كان عقد حفظ الحق من العقود الشكلية فإن عدم إتباع الشكل الواجب يترتب عليه الجزاء الذي نص عليه القانون وهو البطلان المطلق، وبالتالي سوف نتطرق في (المطلب الأول) إلى الأركان الموضوعية لعقد حفظ الحق، أما في (المطلب الثاني) سنتطرق إلى الأركان الشكلية لعقد حفظ الحق.

المطلب الأول

الأركان الموضوعية لعقد حفظ الحق

لقيام أي عقد لابد من توافر الشروط الموضوعية فيه حتى يثبت في مواجهة الغير، وعقد البيع على التصاميم كباقي العقود المدنية إلا أنه يتمتع بخصوصية، وبالتالي لكي يكون العقد صحيحاً يجب أن يتوافر على شروط موضوعية، والتي سنتناولها في الفروع التالية.

الفرع الأول

التراضي

وهو الركن الأول في عقد البيع، إذ يشترط فيه اقتران إرادتين متطابقتين، أي وجود إيجاب معين وقبول مطابق له، ويستوي أن يصدر الإيجاب من البائع أو من المشتري بالشراء وينبغي أن يتم الاتفاق بين الطرفين على العناصر الأساسية للبيع، وهي:

طبيعة المبيع والتمن، أما العناصر الثانوية كمكان تسليم المبيع ودفع الثمن، فلا تدخل في الاعتبار بصفة جوهرية وإنما يكفي في هذا الصدد ألا يحصل خلاف بين الطرفين بشأنها وتسري على تبادل الإيجاب والقبول الأحكام العامة التي ينص عليها المشرع في المواد (59) من القانون المدني الجزائري¹.

الأهلية الواجبة في كل من البائع والمشتري: فالأهلية إذن هي التي ترجع إلى التمييز، وقد علمنا عند الكلام في النظرية العامة للأهلية أن هناك ثلاث مراحل طبيعية يمر بها الإنسان من وقت ولادته إلى وقت وفاته، فالمرحلة الأولى هي مرحلة عدم التمييز، والصبي غير المميز هو من كان دون سبع (7) سنوات لا يستطيع مباشرة أي تصرف، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التمييز.

فأهلية كل من البائع والمشتري إذن هي أهلية التصرف، وتقتضي بلوغ سن الرشد²، فنلاحظ أن هذا العقد أنه يضم طرفين، بائع ومشتري فالبايع يكتسب صفة التاجر أما المشتري فيكون إما شخصا مدنيا أو تاجرا كما يمكن أن يكون البائع والمشتري شخصا طبيعيا أو معنويا.

فالبايع باعتباره تاجرا لابد أن تتوفر فيه أهلية الاتجار، فإذا لم تتوفر لديه هذه الأهلية فإنه لا يعتبر تاجرا ولو باشر أعمالا تجارية، ويجب في هذه الحالة عدم الخلط بين انعدام الأهلية أو نقصها والمنع من امتحان التجارة.

إذ يقضي القانون المدني في المادة (40)³ منه بأن شن الرشد يتحدد بتسع عشرة (19) سنة كاملة، وعلى ذلك فإن كل شخص بلغ هذا السن الحق في مزاوله التجارة طالما كانت أهليته كاملة، ولم يصب بعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة والسفه والعقلة.

أما بالنسبة للقاصر المرشد فإن القانون يخوله حق مباشرة أعماله التجارية وذلك في حدود الإذن الممنوح له.

¹ - تنص المادة (59) من القانون المدني الجزائري على أن " يتم العقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

² - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، (العقود التي تقع على ملكية البيع والمقايضة)، دون طبعة، دار ومنشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004، ص 94-95.

³ - المادة (40) من القانون المدني الجزائري.

أما إذا كان البائع شخصا معنويا فيكتسب هو الآخر الأهلية التجارية وبالتالي يمكن لهذا الشخص أن يكون مرقى عقاري وفقا لذلك فإن الشركة لا يمكن لها التصرف إلا في حدود الغرض المحدد لها والتي أنشأت من أجله، ولا تستطيع تغييره إلا بتغيير عقد التأسيس، وعليه نستنتج أن الشخص المعنوي باكتسابه الأهلية القانونية يمكنه مباشرة أعمال الترقية العقارية.

كما يشترط أن تكون إرادة البائع سليمة من عيوب الإرادة (الغلط والتدليس، الإكراه، الغش، الاستغلال)¹.

أما بالنسبة للمشتري فيكون شخصا طبيعيا مدنيا في غالب الأحيان، فيشترط فيه أهلية الأداء، وليس أهلية الوجوب، فتعني قدرة الإنسان على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مع سريان آثارها في حقه².

كما يجب أن يكون الرضا سليما من أي عيب قد يشوبه، ومن هذه العيوب انعدام الإرادة (كالصبي غير المميز والعته والجنون)³، فيكون هذا العقد باطلا بطلانا مطلقا، ومنها ما يجعل الأهلية لمباشرة العقود أو التصرفات القانونية بصفة عامة ناقصة مثل (الصبي المميز والسفيه) وذوي الغفلة⁴، وبالتالي يكون العقد المقدم عليه من طرف هؤلاء قابل للإبطال.

يشترط كذلك علم المشتري بالمبيع، والعلم المعتبر من جانب المشتري هو العلم السابق لانعقاد العقد بشرط أن يبقى المبيع إلى وقت العقد على الحالة التي كان عليها وقت العلم. فإذا لم يتحقق علم المشتري بالمبيع على النحو السابق بيانه فإن البيع يكون قابلا للإبطال⁵.

¹ - بوجنان نسيم، عقد بيع بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2009، ص 40-41.

² - سليمان بوزياب، مبادئ القانون المدني، الطبعة الأولى، المجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص 71.

³ - المادة (42) من القانون المدني الجزائري.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (عقد البيع)، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 111-112.

⁵ - المادة (43) من القانون المدني الجزائري.

لقد حاول المشرع أن يتفادى نقص هذا الشرط (العلم بالمبيع) في عقد بيع بناء على التصاميم (على اعتبار أن المحل غير موجود عند التعاقد) وذلك بتسليم شهادة المطابقة عند تسليم المبيع ، ففي حالة وجود نقص أو عيب في البناء يلتزم المرقى العقاري بإصلاح هذا العيب أو هذا النقص طبقاً لشهادة المطابقة، أو إمكانية طلب إبطال العقد من قبل المشتري عند عدم مطابقة العقار المنجز للتصاميم، فلم ينص المشرع الجزائري عليها.

وتتمثل المسائل الجوهرية في الاتفاق على ماهية العقد، الاتفاق على المبيع، الثمن، وعلى مدة العقد، وهو ما سنحاول شرحه وإيجاز.

1) الاتفاق على طبيعة العقد: يجب على المتعاقدين أن يتفقا على طبيعة العقد الذي هما بصدد إبرامه، وأن يتطابق الإيجاب والقبول على ذلك، وعليه يجب أن يتفق المرقى العقاري والمتعاقد معه أن العقد المبرم هو عقد حفظ الحق، وهو عقد لا يرتب حقوق عينية بالرغم أنه ينصب على عقار، إنما هو عقد تمهيدي لبيع عقار ويفيد كذلك الاتفاق على طبيعة العقد خضوع هذا الأخير للأحكام المتعلقة به والتي تنظمه بموجب القانون رقم 04-11 السالف الذكر وباقي القوانين التنظيمية.

2) الاتفاق على محل العقد: المحل في عقد حفظ الحق يتمثل في العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، وبما أنه غير موجود عند التعاقد، يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول على محل العقد تطابقاً تاماً، وذلك عبر تحديد المواصفات الأساسية له من حيث المساحة، الموقع والصفات التي يشترط صاحب حفظ الحق تواجدها في البناية.

3) الاتفاق على الثمن: يعتبر الثمن من أهم المسائل الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها، ولا يتم العقد دونها، وعليه يجب تحديد الثمن الإجمالي للعقار المقرر بناؤه في عقد حفظ الحق، وذلك طبقاً لدراسات تقنية ومالية من طرف المرقى العقاري، والتي من خلالها يتم تحديد نسبة 20% منه والتي على صاحب حفظ الحق تسبيقها كضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ويجب أن يكون هذا التسبيق نقداً¹.

كما يجب الاتفاق كذلك على سعر النهائي والسعر التقديري القابل للتغيير حسب حالة السوق العقارية.

¹ - المادة (52) من القانون رقم 04-11، سالف الذكر.

(4) الاتفاق على المدة: يجب أن يحدد في عقد حفظ الحق المدة اللازمة التي يتم فيها تنفيذ مشروع البناء من طرف المرقى العقاري، والتي من خلالها يتم تعيين تاريخ إبرام العقد النهائي أي عقد بيع البناية المنجزة، كما يعد تحديد هذه المدة ضروري للضغط على المرقى العقاري لاحترام الآجال المحددة لإتمام البناية وعدم التقاعس في القيام بالتزاماته. ويكون التعبير عن الإيجاب والقبول في إطار عقد حفظ الحق في شكل صريح وعن طريق الكتابة، وهذا وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 13-431 المتضمن نموذج عقد حفظ الحق، سالف الذكر.

وبالتالي فإن العملية القانونية المراد تحقيقها تتضمن التزامات لكلا الطرفين، حيث إن محل التزام البائع هو المبيع، ومحل التزام المشتري هو الثمن طبقا للقواعد العامة، وهذا ما نحاول التفصيل فيه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

المحل

الواقع هو أن محل العقد هو التزام الذي يترتب عليه. فالعقد لا يترتب إلا التزامات إما بإعطاء وإما بفعل وإما بامتناع.

إذن فالمراد بالمحل: هو محل التزام فللكلام عن محل العقد فيه تجاوز. والصحيح هو محل الالتزام، لكن جرت عادة الفقهاء أن يتكلموا عن محل العقد لا عن محل الالتزام. وبشروط في المحل ثلاثة شروط كما يظهر في نص المواد (من 92 إلى 96) وهي:

- أن يكون موجودا عند إبرام العقد، أو ممكن الوجود في المستقبل.
- أن يكون معين أو قابل للتعين.
- أن يكون مشروعاً¹.

1) العقار المقرر إنجازة:

عقد حفظ الحق هو عقد تمهيدي لبيع عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، يلتزم فيه المرقى العقاري بحجز هذا العقار لصاحب حفظ الحق، وبالمقابل يقوم هذا الأخير بدفع تسبيق

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص - ص 70-69.

كضمان. فالمحل في عقد حفظ الحق يتمثل في العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، وفي التسبيق النقدي¹.

يتميز عقد حفظ الحق بعدم وجود المحل وقت إبرام العقد، حيث أن العقد ينصب على عقار لم ينجز بعد، وهذا ما يجعل محل هذا العقد شيء مستقبلي².

ونجد أن المشرع بالرغم من أنه لم يفرق بين العقار المخصص للسكن وذلك المتعلق بممارسة نشاط صناعي أو تجاري أو مهني، بحيث جعل نشاط الترقية العقارية يخضع للقانون رقم 04-11 سالف الذكر والأحكام التي تنظمه، إلا أنه بالرجوع إلى نموذج عقد حفظ الحق نلاحظ أنه خص الشخص الطبيعي للجوء إلى هذه الصيغة دون الشخص المعنوي مثلما هو مبين في نموذج عقد البيع على التصاميم.

وبما أن محل عقد حفظ الحق عبارة عن بناية لم تنجز بعد يجب أن يتوفر هذا المحل على الشروط التالية:

أ- أن يكون قابلاً للوجود: إن عقد حفظ الحق محله عقار غير موجود عند التعاقد، وإنما قابلاً للوجود مستقبلاً على خلاف بعض العقود وهذا راجع لطبيعة العقد الزمني الذي يكون فيه الزمن عنصراً أساسياً، وقد أجاز القانون المدني التعامل في الأشياء المستقبلية بشرط أن تكون محققة الوجود، إلا أنه لا يمكن الجزم مطلقاً بتحقيقه³.

وإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً، والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء هذا الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك⁴، جعل المشرع من خلال القانون رقم 04-11 السالف الذكر يضمن لصاحب حفظ الحق استرجاع التسبيق الذي دفعه لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة

¹ - محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، دون طبعة، دار الكتاب الجزائري، 2003، ص 35.

² - المادة (92) من القانون المدني.

³ - خليل أحمد حسن قده، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام)، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 77.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 306.

في حالة حصول ذلك، ولا يحقق عقد حفظ الحق الغرض المقصود منه وهي عملية البيع إلا إذا التزم المرقى العقاري ببناء العقار محل العقد، ويفترض بالضرورة أن محل العقد عبارة عن عقار لم يكتمل بناؤه أو لم يبدأ البناء كلياً، وعليه يجب أن يبرم هذا العقد قبل إتمام الإنجاز ليخضع لأحكام القانون رقم 11-04 سالف الذكر تلك المتعلقة بعقد حفظ الحق، أما بعد الانتهاء من أعمال البناء واكتمال وجود العقار في هذه الحالة بيع عادي يخضع لأحكام القواعد العامة بالبيع¹.

ب- أن يكون قابلاً للتعيين: أو بصفة أخرى يجب أن يحدد محل الالتزام أو على الأقل أن يكون قابلاً للتحديد، وهو ما تنص عليه المادة (94) من القانون المدني الجزائري².

وعليه يجب تعيين العقار في عقد حفظ الحق تعييناً دقيقاً من حيث موقعه ومساحته وتحديد مواصفاته بدقة بالاتفاق بين أطراف العقد، وبما أن المرقى العقاري يعرض مشاريعه العقارية عن طريق الإشهار فهو ملزم بتقديم كل المعلومات اللازمة المتعلقة بالعقار المقرر إنشاؤه.

ج- أن يكون مشروعاً: تنص المادة (93) من القانون المدني على " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

يتضح من خلال هذا النص أنه يجب أن يتوفر شرط المشروعية في محل الالتزام، فإذا كان محل الالتزام غير مشروع فإن الالتزام لا يقوم ولا يبطل العقد لانتفاء محله، فعدم المشروعية راجع إما إلى نص في القانون أو مخالفة هذا التعامل للنظام والآداب العامة³.

(2) الثمن:

إن الاتفاق على الثمن يقتضي بطبيعة الحال تعيينه أو على الأقل بيان الأسس التي تؤدي إلى تعيينه على وجه لا يثير النزاع في مقداره مستقبلاً.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 36-37.

² - تنص المادة (94) من القانون المدني الجزائري على أن " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلاً".

³ - خليل أحمد حسن قذاده، المرجع السابق، ص 79.

ولاعتبار أن عقد حفظ الحق من العقود الملزمة للجانبين، يلتزم المرقى العقاري بحجز البناء، ويلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق كضمان لوجود نية لإبرام العقد النهائي وليس بالضرورة الالتزام بالشراء، وهذا نظرا لطبيعة العقد، وخلافا للقواعد العام التي تلزم المشتري في عقد البيع بدفع مبلغ من النقود إلى البائع مقابل نقل الملكية، فالثمن في عقد حفظ الحق ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: عبارة عن تسبيق نقدي بـ 20 % من الثمن الإجمالي للعقار المقرر إنجازَه يودع لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

القسم الثاني: ما تبقى من المبلغ يدفع عند إبرام العقد النهائي، كما يعد الثمن المحدد في العقد ثمن تقديري قابل للتغيير¹.

وعلى هذا الأساس قد نص القانون المدني في حالة التزام المتعاقدين لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة، وبناء على ذلك اشترط المشرع أن يكون للالتزام سبب طبقا للقواعد العامة، وهو ما سنتناوله في الفرع التالي.

الفرع الثالث

السبب

ولقد عرف ركن السبب نظريتين التقليدية والحديثة، وتعني النظرية التقليدية للسبب:

1- النظرية التقليدية للسبب:

تنص المادة (98) من القانون المدني الجزائري²، حيث يفيد نص المادة أن العقد قد يكون خاليا من ذكر السبب، وعليه يفترض أن يكون للعقد سببا مشروعاً وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، فيكون المشرع بذلك أخذ بفكرة الازدواجية في السبب، فيكون للالتزام السبب الذي

¹ - المادة (52) من القانون 04-11، سالف الذكر.

² - تنص المادة (98) من القانون المدني الجزائري على أن " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقوم الدليل على ما يخالف ذلك".

يمكن باعتباره ركنا في العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وبالتالي الأخذ بالنظرية الحديثة للسبب الذي يؤدي فيها الغلط في السبب إلى قابلية العقد للإبطال¹.

2- النظرية الحديثة للسبب:

هذه النظرية تأخذ بعين الاعتبار (الباعث) ولا تكتفي بمجرد الغرض المباشر، وهذا الباعث يجب ألا يخالف النظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلا، وذلك بشرط علم الطرفين معا بهذا الباعث سواء في المفاوضات أو التبرعات والهدف هنا هو استقرار المعاملات.

هذه النظرية الحديثة أوسع من النظرية التقليدية، لكن لا تحل محلها وإنما تكملها، بحيث تصبح النظرية الحديثة للسبب عاملا من العوامل التي تكفل حماية النظام العام والآداب العامة².

3- إثبات السبب:

يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروع أن يثبت ما يدّعيه فهذا يواجه فرضيتين.

الفرضية الأولى: أن يكون العقد خاليا من ذكر السبب فيفترض في هذا الفرض أن للعقد سببا مشروع، ولكن هذه القرينة بسيطة يجوز للمدين أن يثبت عكسها بجميع طرق الإثبات ولو بالبينة أو القرائن إذ لا كتابة هنا.

الفرضية الثانية: أن يذكر السبب في العقد فيفترض أن هذا السبب حقيقي وليس صوريا وللمدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد صوري وليس بسبب حقيقي، ولكن على المدين في هذه الحالة أن يظهر العكس بالكتابة لأن الكتابة لا يجوز إثبات عكسها إلا بمثلها، وبما أن السبب المكتوب في هذا العقد فعلى المدين إثبات الصورية بالكتابة ولو لم تزد قيمة العقد على

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 236-240.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 236 - 240.

ألف دينار وكان عبئ إثبات العكس على الدائن، وإذا أثبت الدائن أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي فللمدين أن يثبت أنه غير مشروع وذلك بكل طرق الإثبات¹.

إن المبدأ العام الذي يحكم المعاملات العقارية بين الأفراد هو مبدأ الرضائية كما سبق وتناولنا إلا أن المشرع شدد من المعاملات القانونية الواردة على العقارات فأوجب إلزامية إفراغ التصرف الوارد على العقار في شكل رسمي، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

الأركان الشكلية للعقد

يقصد بالشكلية هو إفراغ العقد في شكل معين يلزمه القانون، فهي ركن في التصرف القانوني أي ثبوت الإرادة بمقتضى القانون ومن دون الشكل يعد التصرف باطلا في العقود الشكلية، وعليه يعد عقد حفظ الحق عقداً شكلياً إذ تعتبر الشكلية فيه شرطاً للانعقاد، فلا ينعقد صحيحاً إلا إذا تم إفراغه في الشكل المحدد قانوناً والمنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 431-13 المتضمن نموذج العقد سالف الذكر، وكذلك يجب أن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة (34) في الفقرة الأولى والثانية² إلى جانب إلزامه شهر وتسجيل عقد حفظ الحق.

الفرع الأول

شكلية العقد

يجب أن ينعقد عقد حفظ الحق وأن يتضمن مجموعة من البيانات وهذا ما سنتطرق إليه.

أولاً: الرسمية

حسب نص المادة (324) من القانون المدني الجزائري تعرف على أنها " العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، ولقد اشترطت

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 76.

² - المادة (34) من القانون رقم 04-11، سالف الذكر.

هذه الكتابة الرسمية الأجل لإنشاء عدد من التصرفات، كالتصرفات الواردة على العقار، وذلك في نص المادة (324 مكرر 1)¹.

وبالتالي فقد كرسّت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/10/21 ما يلي:

[من المقرر قانوناً أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محرراً أمام موثق محتوي من أصل ملكية مكرّس اتفاق الطرفين _ محدد المحل _ معاين لتسديد المبلغ أمام الموثق، مسجل ومنشور لدى مصالح الشهر العقاري]².

ثانياً: البيانات الخاصة لعقد حفظ الحق

يجب أن يحتوي عقد حفظ الحق على البيانات الواردة في المرسوم التنفيذي رقم 431-13 الذي يحدد نموذج عقد حفظ الحق، وعليه يجب على الموثق عند تحريره لهذا العقد احترام الإجراءات الشكلية وما تقتضيه القوانين المنظمة لعقد حفظ الحق³.

1- بالنسبة للأطراف المتعاقدة: بالإضافة إلى تحديد هوية الأطراف المتعاقدة وهما المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق، يجب توفر:

أ. البيانات المتعلقة بالمرقى العقاري:

- رقم الاعتماد وتاريخ منحه.
- رقم وتاريخ التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين.
- رقم الانتساب إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

ب. البيانات المتعلقة بصاحب حفظ الحق:

- يجب أن يفتح حساب خاص باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

¹ - تنص المادة (324 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري على أن "زيادة على العقود التي يأمر بها القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يحسب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها".

² - المحكمة العليا، القرار رقم 68467، المؤرخ في 1990/10/21، الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية، المجلة القضائية، 1992، عدد 1، ص 84، مأخوذ من جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء 1، ط3، منشورات كليك، الجزائر، 2017.

³ - المادة (31) من القانون 04-11، سالف الذكر.

- إيداع مبلغ التسبيق والمقرر بنسبة 20% من الكلفة الإجمالية للبناء ويتم تحرير هذا التسبيق أمام الموثق.

- يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق رقم حساب صاحب الحق¹.

2- تعيين العقار: يجب وصف البناء موضوع عقد حفظ الحق وتعيينها وذلك بتحديد موقعها والعناصر المكونة لها من حيث المواصفات التقنية والمساحة مثلا عدد الغرف، مساحتها...إلخ.

أما إذا كانت ملكية مشتركة يجب تحديد أملاك المشتركة المكونة لها وتحديد الملحقات المبنية وغير المبنية والتجهيزات التي تشملها، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يتضمن العقد التزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجمع العقاري المتضمن الملك المباع والتزام البائع بضمان أو تكاليف تسيير الملك العقاري خلال مدة سنتين ابتداء من تاريخ آخر جزء من البناء المعنية².

3- ثمن العقار: يجب أن يتحدد السعر التقدير للعقار موضوع عقد حفظ الحق هو المبلغ الذي يلتزم صاحب حفظ الحق في حالة إبرام العقد النهائي الناقل لملكية البناء المحفوظة والمقدرة بـ 80 % المتبقية من الكلفة الإجمالية لهذه البناء، إلا أن هذه النسبة تقديرية قابلة للتغيير ويجب أن يتم تحرير التسبيق بنسبة 20% لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

4- الأجل التقديري للتسليم: بالرغم من أن المشرع نص في نموذج عقد حفظ الحق على الأجل التقديري للتسليم إلا أنه في الحقيقة يعتبر أجل تقديري لإتمام كامل الإنجاز³.

لكن بالرجوع إلى القانون رقم 11-04 سالف الذكر لم يتضمن الشكلية لعقد حفظ الحق لكنه تطرق إليه عند إبرام العقد النهائي وهو ما نصت عليه المادة (31) منه⁴ وكذلك المادة (30) حيث تنص على " يجب يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و 28 أعلاه أصل ملكية العقد ورقم السند العقاري عند اقتضاء مرجعيات رخصة البناء وشهادة التهيئة والشيكات وكذا تاريخ رقم رخصة البناء " وهو ما

¹ - المادة (52) من القانون 11-04، سالف الذكر.

² - المواد (60) (61) (62) من نفس القانون.

³ - بن همام نجية، ص 50.

⁴ - المادة (31) من نفس القانون.

يتضمنه نموذج عقد حفظ الحق في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 سالف الذكر وتتمثل هذه الوثائق في عقد الملكية، رخصة البناء، رخصة التجزئة، وشهادة التعمير¹، وهذا ما سوف نحاول التفصيل فيه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الإجراءات الشكلية السابقة لانعقاد العقد

وجوب قيام البائع باستخراج بعض الوثائق الإدارية الضرورية، وذلك قبل اكتتاب العقد وشهره لدى المحافظة العقارية.

أولاً: عقد الملكية

وهو الذي يثبت ملكية المتعامل في الترقية العقارية (المركي) لقطعة أرضية أساسية، فقد يسمح الدفتر العقاري ضمان حق الملكية المطلقة على العقار في مواجهة الغير، ويضفي له طابع الحماية، وبواسطة تكوين الحقوق العينية العقارية فيعرف الدفتر العقاري على أنه " سند للملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى ويضمن لها حماية كافية ويكسب صاحبه حجية مطلقة في مواجهة الغير"، وبموجب القرار المؤرخ في 1976/05/27 المتضمن تحديد نموذج الدفتر العقاري، فإن هذا السند يحتوي على أربعة وعشرون (24) صفحة، تحتوي كل صفحة على معلومات وبيانات خاصة، فهو مصدر للحق العيني العقاري.

نجد أن للهيئة الإدارية المختصة بإصدار الدفتر العقاري أساساً قانونياً في الأمر رقم 74-75، وذلك بموجب المادة (20) منه، حيث يتمثل دور المحافظة العقارية في العمل على معرفة حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى عن طريق الإشهار العقاري، فالتصرفات الناقلة للحقوق العينية الأصلية هو نقلها من شخص إلى آخر بغض النظر عن صفة المتصرف،

¹ - الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري، ج.ر، المؤرخة في 1975/11/18، العدد 62، ص 1206.

وذلك عن طريق التصرفات القانونية الناقلة للملكية أو إحدى الحقوق العينية الأخرى لذلك أوجب المشرع شهر جميع العقود¹.

ثانيا: رخصة التجزئة

لم يتطرق المشرع الجزائري في القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، ولا في المرسوم التنفيذي رقم 91-176 إلى تعريف رخصة التجزئة، ولكنه عرّفها في المادة (24) من القانون رقم 82-02 الملغى بموجب القانون رقم 90-29².

أما المادة (57) من القانون رقم 90-29 فقد نصت على أن " تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم الاثنى أو عدة قطع من الملكية العقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها"³، وعليه فمن خلال ما تقدم يتبين أن رخصة التجزئة وثيقة إدارية تسلم على شكل قرار إداري لكل شخص طبيعي أو معنوي متحصل على ملكية أرض يريد القيام بعملية تقسيم ملكية عقارية واحد أو عدة ملكيات إلى اثنين أو عدة قطع من أجل إقامة سكنية وهذا مهما كان موقعها⁴.

حيث يتقدم المرقى العقاري لطلب الحصول على رخصة التجزئة إلى مصلحة التعمير بالبلدية مرفقا بعقد ملكية ومخطط التجزئة والمواصفات الهندسية للقطعة وكذا الحدود والمساحة ثم يرسل طلب رخصة التجزئة والوثائق المرفقة به (05) نسخ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي والذي يتصرف باعتباره ممثلا للدولة، كما يبلغ المقرر المتضمن رخصة التجزئة إلى

¹ - حميداتو خديجة، منازعات الدفتر العقاري، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، السنة الجامعية 2012/2013، ص 15.

² - القانون رقم 90-29 المؤرخ في 1/12/1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر، المؤرخة في 2/12/1990، العدد 52، ص 1652.

³ - المادة (07) من المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 28/05/1991، المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة تقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم والتسليم، ج.ر، المؤرخة في 01/06/1991، العدد 26، ص 962.

⁴ - شريفة قيدوس، آليات الرقابة في قانون التهيئة والتعمير، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، السنة الدراسية 2014/2015، ص 53-54.

صاحب الطلب في غضون الأشهر الثلاثة (3) الوالية لتاريخ إيداع الطلب وذلك عندما يكون التسليم¹.

تساهم رخصة التجزئة في حماية الطابع العمراني الجمالي والبيئي كما هو الحال بالنسبة لرخصة البناء، ويتجلى ذلك من خلال تقييد إجراءات الحصول على هذه الرخصة بدراسة بيئية مسبقة، وبذلك تعتبر الوسيلة القانونية التي تحدد التوجهات الأساسية لمخطط شغل الأراضي، ومخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير والمتمثلة في استعمال المساحات الموازنة بين وظيفة السكن والفلاحة وال.. ووقاية المحيط والأوساط الطبيعية، وبمنع المشرع الجزائري منح رخصة التجزئة في حالة ما إذا كانت تمس بالمناظر الطبيعية والجمالية والمواقع الأثرية والتاريخية، ولا تمنح رخصة التجزئة إذا كانت الأراضي المجزئة غير موافقة لمخطط شغل الأراضي أو وثيقة تحليل محله².

ثالثا: رخصة البناء

اخضع المشرع جميع الأنشطة العمرانية لتراخيص إدارية، ومن حق الأفراد الحصول على هذه القرارات، وذلك من أجل أن لا يفتح المجال للأفراد بإقامة أبنية دون رخص، إذ أن ضمان احترام قواعد العمران من خلال رخصة يكون بعد المرور بإجراءات، وبالتالي لا يمكن للمركبي العقاري أو أي شخص أن يباشر أشغال البناء دون الحصول على رخصة البناء من الإدارة المعنية فهي تتح بموجب قرار قبل الشروع في أعمال البناء، فهي لا تمنح لتسوية بنايات قائمة إذا كان البناء قائم دون رخصة، ويعتبر غير مشروع للإدارة سلطة إجبار صاحبه بإزالته³.

1- تعريف رخصة البناء:

لم يعرف المشرع الجزائري رخصة البناء في قانون التهيئة والتعمير ولا في القوانين الأخرى، بل اكتفى بالنص في المادة (52) من القانون رقم 90-29 على أنها " رخصة تشترط

¹ - مديحة خنوفة، المرجع السابق، ص 53.

² - بلخير حليمي، دور قواعد التهيئة والتعمير في حماية البيئة، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، السنة الدراسية 2012، ص 45.

³ - عزري الزين، إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، العدد الثالث، دون سنة نشر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 12.

في حالة تشييد البنايات الجديدة مهما يكن استعمالها، ولتجديد البنايات الموجودة وتغيير البناء الذي يمس الحيطان الضخمة منه، أو الواجهات المطلّة على الساحة العمومية وإنجاز جدار صلب للدعم أو التسييج"، كذلك تنص المادة (41) من المرسوم التنفيذي رقم 15-19¹، حيث أن المشرع الجزائري حدد الأعمال التي تتدخل في عملية البناء بدقة والتي تستدعي استخراج رخصة البناء خاصة في محتوى المادة (41) سالف الذكر التي جاءت أكثر تفصيلا عن سابقتها، حيث حددت وذكرت أعمال البناء التي تتضمنها رخصة البناء وهذا بهدف الحفاظ على الجانب الجمالي والفني للبنية من جهة ومن جهة أخرى سلامة الأبنية من الانهيار والتشويه، فمن خلال محتوى هذه المواد يتبين لنا أن رخصة البناء وثيقة إدارية تسلم على شكل قرار إداري لكل شخص طبيعي أو معنوي متحصل على ملكية الأرض يريد إنجاز بناء جديد أو تغيير بناء موجود شريطة تقديم ملف كامل مدعم بكل النسخ التي تثبت الصفة فهي من أكثر الوسائل الفنية فعالية لتنظيم البناء فهي وسيلة استحدثها المشرع الجزائري لبسط الإدارة على المجال العمراني، وذلك بالإلزام كل من يريد إقامة بناء جديد أو تعديله أو تعليته أو إعادة البناء... إلخ، أن يحصل على رخصة من الإدارة المختصة، ومن خلال هذا التعريف يتبين أن رخصة البناء تتميز ببعض الخصوصيات التي تميزها عن الوثائق الأخرى وذلك ن خلال أنها قرار إداري مسبق بمعنى أنها إجراء ضروري وتتسم لتشييد بناء فدونه لا يمكن البناء بالإضافة إلى أنها قرار إداري صادر من جهات إدارية محددة قانونا وكذلك أن رخصة البناء مرتبطة بملكية عقار².

أ. شروط الحصول على رخصة البناء:

بمعنى أن طالب الحصول على رخصة البناء يجب أن يقدم من شخص له صفة، وهذا الطلب يجب أن يقتصر على المالك أو موكله، أو المستأجر لديه أو الرخص له قانونا.

- **المالك:** تثبت صفة المالك حسب الأحكام القانونية المعمول بها، وتحقق هذه الصفة وتترجم بعقد ملكية أو شهادة حيازة، وصاحب عقد إداري.

¹ - المادة (41) من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25/01/2015، الذي يحدد كفاءات التحضير لعقود التعمير وتسليمها، ج.ر، المؤرخة في 12/02/2015، العدد 07، ص 04.

² - إقلاولي ولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري أهداف حضرية ووسائل قانونية، الطبعة الثانية، دار هومو للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 143-144.

- **الوكيل:** ويقصد به الوكيل عن المالك وتكون هذه الوكالة حسب أحكام القانون المدني.

- **المستأجر لديه المرخص له قانونا:** صفة المستأجر لا تكفي وحدها لطلب الحصول على رخصة البناء، بل عليه الحصول على رخصة صريحة من طرف المؤجر المالك للعين المؤجرة، يرخص بمقتضاها القيام بأشغال البناء.

- **الهيئة أو المصلحة المختصة لها قطعة الأرض أو البناية:** يقصد بها هنا المؤسسات والهيئات العمومية، كما يقصد بها الهيئات المسيرة للأموال الوقفية لأنها تعتبر مالكة، وبإمكانها الحصول على رخصة البناء إذا تطلب ذلك استغلال الأرض الوقفية.

- **صاحب شهادة الحيازة:** أجازت المادة (34) من القانون رقم 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري المتحصل على شهادة الحيازة أن يطلب الحصول على رخصة البناء مادام هذه الشهادة ترتب لصاحبها نفس آثار المالك¹.

ب. الجهة المختصة بمنح قرار رخصة البناء:

إن المبدأ في التشريع الجزائري وفي أغلب التشريعات أن تسليم رخصة البناء يكون من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، غير أنه يمكن أن يختص به الوالي، أو الوزير المكلف بالتعمير في الحالات التي يحددها القانون.

- اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي بمنح رخصة البناء:

يتلقى رئيس المجلس الشعبي البلدي موطن القطعة الأرضية ملف طلب رخصة البناء، سواء أكان مختصا بإصدار هذه الرخصة أو كان الاختصاص لغيره في خمس (05) نسخ ث يسجل تاريخ إيداع الطلب بعد التحقيق في مطابقة الوثائق المستلمة لما هو منصوص عليه قانونا، ويتم منح صاحب الطلب مصلا مفصلا بذلك ثم يرسله إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية خلال أجل ثمانية (08) أيام من تاريخ إيداع ملف طلب رخصة البناء ويمنح رخصة البناء بصفتين، كمثل للبلدية في حالات وكمثل للدولة في حالات أخرى، وهي:

¹ - بلخير حليمي، المرجع السابق، ص 37.

* **بصفته مثلاً للبلدية:** إذا كان الإقليم الذي توجد به القطعة الأرضية محل طلب الرخصة يغطيه في حينه المجلس الشعبي البلدي مصادق عليه، وموافقة مصلحة التعمير للبلدية على أن يكون إصدار هذا القرار خلال (3) أشهر من تاريخ إيداع ملف الطلب، ثم يرسل رئيس المجلس الشعبي البلدي نسخة من القرار الإداري التضمن رخصة البناء إلى الوالي المختص إقليمياً.

* **بصفته ممثلاً للدولة:** إذا كان الإقليم الذي توجد به القطعة الأرضية محل طلب الرخصة لا يغطيه المجلس الشعبي البلدي الذي يحدد حقوق البناء، ووفقاً للرأي بالموافقة الواردة من مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية وذلك خلال (4) أشهر من تاريخ إيداع ملف طلب الرخصة¹.

- اختصاص الوالي بمنح رخصة البناء:

يختص الوالي بمنح رخص البناء في الحالات الآتية:

- ✓ البنايات والمنشآت المنجزة لحساب الدولة والولاية وهيكلها العمومية.
- ✓ منشآت الإنتاج والنقل والتوزيع وتخزين الطاقة وكذلك المواد الإستراتيجية.
- ✓ اقتطاعات الأرض والبنايات التالية:

الواقعة في السواحل والأقاليم ذات الميزة الطبيعية والأراضي الفلاحية ذات الردود الفلاحي العالي والتي لا يحكمها مخطط شغل الأراضي².

- اختصاص الوزير المكلف بالتعمير بمنح رخصة البناء:

إذا تعلق الأمر بمشاريع البناء ذات المصلحة الوطنية أو الجهوية، فإن الوزير المكلف بالتعمير يكون مختصاً بمنح رخصة البناء بعد أخذ رأي الوالي أو الولاية المعنية وذلك طبقاً للمادة (67) من القانون رقم 90-29³، ومن خلال هذا يتضح أن المشرع الجزائري يوزع

¹ - عيسى مهزول، صلاحيات المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، الطبعة الأولى، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 124.

² - لعويجي عبد الله، قرارات التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الدراسية 2011/2012، ص 108.

³ - المادة (67) من القانون رقم 90-29، سالف الذكر، ص 31.

الاختصاص في منح رخص البناء بين كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي، والوزير المكلف بالتعمير، وهو تقسيم يراعي كثافة الأنشطة العمرانية وأعمال البناء، حيث تزداد في الحدود الجغرافية للبلديات، وخاصة مشاريع البناء الخاصة فمن منطلق تقريب الإدارة من المواطن (مبادئ اللامركزية الإدارية) أن يمنح الاختصاص بعد ذلك للوالي ثم للوزير المكلف بالتعمير، ولعل هذا ينعكس على مستوى منازعات مشروعية القرارات المتعلقة برخصة البناء في احترام طرق وكيفيات الطعن في هذه القرارات¹.

رابعاً: شهادة التعمير (شهادة قابلية الاستغلال)

يمكن للمرقي العقاري استخراج شهادة التعمير والتي هي عبارة عن شهادة إعلام حول طبيعة الأرض، تكون قبل الشروع في إجراء أية دراسة تتعلق بالأرض المعنية بعملية البناء وقد نصت المادة (51) من القانون رقم 90-29، فشهادة التعمير تعد أداة إعلام ورقابة الإدارة، فبموجبها تعين جميع الحقوق والارتفاقات، والتي تخضع لها الأرض المعنية بالبناء.

1- تعريف شهادة التعمير:

عرفتها المادة (02) من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 2015/01/25 بأنها " الوثيقة التي تسلم بناءاً على طلب كل شخص المعني، تعين الحقوق في البناء والارتفاقات من جميع الأشكال التي تخضع لها الأرض المعنية" وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة " زيادة على ذلك يمكن لكل شخص معني بنفس حقوق البناء الخاصة بالقطع الأرضية المعنية أن يحصل على بطاقة معلومات استعمالها، ولا يمكن لأي حال من الأحوال أن تحل محل شهادة التعمير، وتشير أن المرقي العقاري في غالبية الأحيان لا يلجأ لاستخراج شهادة التعمير كون أن الأرض محل إنجاز المشروع العقاري يشملها مخطط شغل الأراضي الذي يحدد بالتفصيل حقوق استخدام الأرض، والبناء والمظهر الجمالي والارتفاقات، لكنه قد يحتاجها لاستخراج رخصة البناء²، ومنه يمكن للمرقي العقاري أن يطلب استخراج شهادة التعمير طبقاً لنص المادة (51) من القانون رقم 90-29³ سالف الذكر، كما تنص المادة (06) من المرسوم

¹ - عزري الزين، المرجع السابق، ص 16 - 17.

² - بن عيسى محمد، المرجع السابق، ص 56.

³ - المادة (51) من القانون رقم 90-29، سالف الذكر.

التنفيذي رقم 91-176 سالف الذكر على أنه " يمكن لطالب شهادة التعمير عند عدم اقتناعه بالرد الذي يبلغ له أو في حالة سكوت السلطة المختصة خلال الآجال المطلوبة أن يتقدم بطعن سلمي أو يرفع دعوى لدى الجهة القضائية المختصة".

الفرع الثالث

الإجراءات الشكلية اللاحقة لانعقاد العقد

لم تكتمل أركان عقد حفظ الحق إلا بصدر المرسوم التنفيذي رقم 13-431 الذي يحدد نموذج عقد حفظ الحق حيث أخضعه لإجراءات التسجيل دون الشهر الذي بدوره ينتهي بعد إبرام العقد النهائي وتسليم البناية لصاحب حفظ الحق.

ومنه كرسّت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2004/04/12 ما يلي:

[يحرر عقد حفظ الحق في مجال الترقية العقارية في شكل عرفي، ويخضع للإجراءات التسجيل ويرتب التزامات متبادلة بين المتعاقدين مع مراعاة أحكام المادة 107 من القانون المدني]¹.

أولاً: مرحلة تسجيل عقد بيع العقار

يعتبر التسجيل مرحلة من مراحل نقل الملكية العقارية، أولى له المشرع الجزائري أهمية بالغة، حيث أفرد له مساحة شاسعة خاصة من خلال الأمر رقم 76-105²، حيث يعرف التسجيل على أنه " إجراء يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه محررات أو تصرفات قانونية واردة على عقار"، ومن الناحية العملية يقبض حقوق التسجيل، وهذا الإجراء إجباري ينجر عنه مخالفة خضوع المكلف لعقوبات جبائية³، بالإضافة إلى أن التسجيل قد ورد في النصوص

¹ - المحكمة العليا، القرار رقم 372339، المؤرخ في 20/06/2007، الصادر عن الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد2، ص 183، مأخوذ من جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء 1، ط3، منشورات كليك، الجزائر، 2017.

² - الأمر رقم 76-105، المؤرخ في 09/02/1976، المتضمن قانون التسجيل، ج.ر، المؤرخة في 18/12/1977، العدد 81، ص 1212.

³ - المواد من 93 إلى 100 من قانون التسجيل.

العامة للقانون المدني والتجاري، فهو يرتبط بجميع المعاملات سواء كانت واردة على المنقولات أو على العقارات.

ثانيا: الأهمية القانونية لعملية تسجيل العقارات

إن التسجيل مرحلة من مراحل نقل الملكية العقارية، فهو يسبق مرحلة الشهر العقاري، كما أنه إجراء ملزم باعتبار أن رسوم العقود تتخلص قبل إتمام إجراء التسجيل حسب نص المادة (393) من القانون المدني¹، المشتري يدفع قيمة الرسوم المترتبة على إجراءات التسجيل، ونص المشرع الجزائري في المادة (29) من قانون التوجيه العقاري²، حيث تثبت الملكية العقارية الخاصة والحقوق العينية بعقد رسمي وتخضع لإجراءات الشهر العقاري، كما أن لتسجيل العقارات دور في إثبات العقود العرفية التي يقوم بتحريها الأطراف دون تدخل من جانب موظف عام أو ضابط عمومي³.

ثالثا: الأهمية الجبائية للتسجيل

تصنف رسوم التسجيل من ضمن الضرائب غير المباشرة، حيث يؤديها المكلف نظير خدمات يستفيد منها بمثابة واقعة أو تصرفات قانونية، وهذه الضريبة ترمي إلى تحقيق عدة أهداف في مقدمتها الهدف التمويلي، إذ تعتبر هذه الرسوم موردا هاما لتغطية جزء من نفقات الدولة.

أ. **الهدف المالي:** تسعى الدولة من خلال حقوق التسجيل إلى تحقيق هدف مالي، وذلك لتمويل خزينتها لتغطية جزء من نفقاتها الناجمة عن تسيير المرافق العمومية، ويظهر الهدف المالي للتسجيل بوضوح من خلال التعديلات المتكررة للقانون المنظم له، إذ أن الأمر رقم 105-76 المؤرخ في 1976/12/09 يعدل ويتم مرتين يحاول تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية.

¹ - المادة (393) من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

² - المادة (29) من قانون التوجيه العقاري، سالف الذكر.

³ - قان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الدراسية 2011/2012، ص 84.

ب. **الهدف الاقتصادي:** تعتبر رؤوس الأموال من أهم أساليب التنمية الاقتصادية، وتسعى الدولة لتوفيرها بجميع السبل، ورسوم التسجيل تعد من بين تلك الطرق التي توفر لخزينة الدولة رؤوس أموال معتبرة حيث عملت الجزائر على تشجيع الاستثمار، وكذا تعمل على توسيع الإعفاءات الجبائية والامتيازات الممنوحة لقطاعات معينة، فالدولة تعفى من جميع رسوم التسجيل الجبائي بما في ذلك ما يتعلق بعقود المبادلة وشراء الأموال والقيمة مع الخواص.

ج. **الهدف الاجتماعي:** تسعى الدولة لتحقيق العدالة الاجتماعية في تطبيقها لقواعد التسجيل، فهي تستعمل مداخل التسجيل في تحسين وضعية الفئات المحتاجة من المجتمع، كما أنها قد أعفت من رسوم التسجيل الولايات والمؤسسات العمومية التابعة للولايات والبلديات والمؤسسات الاستشفائية والمكاتب الخيرية ومؤسسة الحماية الاجتماعية لرجال البحر.

ويلاحظ على قانون التسجيل على أنه لم ينص صراحة على الكيفية المتبعة في عملية تحديد العقارات في محررات خاضعة للتسجيل ولكن بالعودة إلى الأحكام العامة لابد أن يصب الموثق التصرفات الواردة على العقار في قالب رسمي، تطبيقا لنص المادة (234 مكرر 1) من القانون المدني¹، فيقوم الموثق بذكر كل المعلومات الضرورية المتعلقة بالعقار، الذي هو محل عقد بيع لكي يرجع إليها مفتش التسجيل أثناء تأكده من صحة الوثائق، ولم يكتف المشرع بإلزام الموثق بتعيين العقار فحسب، بل ألزمه كذلك بتحديد الثمن أي قيمة العقار المباع والذي دفع بين يديه²، وذلك حتى يتسنى لمفتش التسجيل تحديد الحقوق المقتطعة المفروضة على المكلف، وتظهر الأهمية الكبيرة لتحديد الثمن في فرض المشرع إجراءات في حق الأطراف بسبب إخفائهم الثمن³.

¹ - المادة (234 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري، سالف الذكر.

² - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومو للطباعة والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، 2009، ص 08.

³ - وهذا من خلال نص المادة (113) من قانون التسجيل المؤرخ في 1976 سالف الذكر التي تنص على " إخفاء ثمن بيع العقارات أو التنازل عن محل تجاري أو زبائن وفي معدل مقايضة أو قيمة حيث يكون جزاء ذلك الإخفاء غرامة مالية يدفعها الأطراف متضامنين ما عدا توزيعها بينهم " وهذا ما يبين أهمية الثمن.

خلاصة الفصل الأول

لقد أعاد المشرع الجزائري ضبط عقد حفظ الحق وجعله من عقود الترقية العقارية المنظمة في القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بعد أن كان منظما في المرسوم التشريعي رقم 03-93، حيث اعتبر عقد حفظ الحق عقداً ابتدائياً لبيع عقار في طور البناء، ويرجع لنص المادة (27) من القانون رقم 04-11 نجده قد أعطى تعريفاً دقيقاً للعقد، وبالتالي يتضح لنا من خلاله أن عقد حفظ الحق له خصائص عديدة، أهمها:

أنه عقد ملزم لجانبين، بالإضافة إلى وجوب كتابته ووضعه في طابع رسمي، وما يميز هذا العقد عن بقية العقود المشابهة له كعقد البيع على التصاميم والوعد بالبيع.

كما أشرنا في دراستنا على الشروط أو الأركان الموضوعية والشكلية لهذا العقد، ومن بين الأركان الموضوعية وجوب التراضي في العقد بالإضافة إلى المحل المتمثل في العقار المراد إنجازه.

أما بخصوص الأركان الشكلية لعقد حفظ الحق كان من بينها أنه يجب إفراغ العقد في طابع رسمي، وإلا اعتبر هذا العقد باطلاً، كذلك يتبين لنا من خلال هذه الدراسة أنه يجب على المرقى العقاري استخراج بعض الوثائق الإدارية، وهذا ما نصت عليه المادة (30) من القانون رقم 04-11 إلى غاية مرحلة تسجيل هذا العقد في المحافظة العقارية، وذلك تطبيقاً للمرسوم التنفيذي رقم 13-431.

الفصل الثاني

من أجل تقوية الحماية القانونية بين المتعاقدين (المركي وصاحب حفظ الحق) في عمليات البيع يترتب عن ذلك حقوق والتزامات تقع على عاتق كلا الطرفين كالتزام المركي العقاري بتخصيص العقار المقرر إنجازه لصاحب حفظ الحق بمقابل أن يدفع هذا الأخير المبلغ، وهذا بهدف استكمال الجهود المبذولة من طرف الدولة ولا يتحقق ذلك إلا بسن نصوص قانونية تنظم المسؤولية المدنية الناجمة عن إخلال أطراف العقد.

كما يبرز أيضا في عقد حفظ الحق بأن المشرع الجزائري استحدث آلية جديدة للترقية العقارية وهي صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وذلك نظرا للطبيعة الخاصة لهذا الصندوق في حماية صاحب حفظ الحق.

وعليه سنتطرق من خلال هذا الفصل محورين وهما الالتزامات القانونية بيد أطراف عقد حفظ الحق (المبحث الأول)، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في تطور الترقية العقارية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التزامات طرفي عقد حفظ الحق

بمجرد التعاقد يترتب على ذلك التزامات قانونية بين المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق، فهو عقد تبادلي بين المتعامل في الترقية العقارية والمستفيد من عملية البيع.

فقد حفظ الحق ينتج مسؤولية بين طرفين كمسؤولية المرقى العقاري بمواصلة البناء وإنهاءه في آجاله وكذلك الالتزام ببيع البناية وتسليمها في الآجال المحددة، بالإضافة إلى الالتزام المهم وهو نقل ملكية العقار للمشتري، وهو أيضا ملزم بما يلتزم به صاحب حفظ الحق فنجده مسؤوليته تتمثل بدفع الثمن وهو الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتقه كذلك ويتسلم المبيع يحوز حيازة حقيقية.

فالعلاقة التعاقدية تنتج آثارها القانونية بين الأطراف وفي الإخلال بها يترتب مسؤولية جزائية للطرفين.

وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث من الدراسة إلى الالتزامات القانونية للمرقى العقاري، حيث سنتطرق في (المطلب الأول) و جزاء الإخلال به، أما في (المطلب الثاني) سنتطرق إلى التزامات صاحب حفظ الحق وجزاء الإخلال به.

المطلب الأول

التزامات المرقى العقاري في عقد حفظ الحق

يلتزم المرقى العقاري في عقد حفظ الحق بالإضافة إلى الالتزامات العامة المعروفة بالتزامات جديدة، وهذا نظرا للخصوصية التي يتميز بها هذا النوع من العقود، فالمرقى العقاري يلتزم بتشييد البناء داخل آجال معينة وبالمواصفات المتفق عليها في العقد وعند انتهاء الأشغال يتعين عليه تسليمه للمشتري وإبرام العقد النهائي، وقد حددت التزامات المرقى العقاري في القانون رقم 04-11 السالف الذكر، وعلى هذا الأساس سوف يتم الاعتماد على المواد التي تخص عقد حفظ الحق حيث تتلخص في التزام المرقى بتحرير عقد بيع نهائي في (الفرع الأول)، وكذلك الالتزام بمواصلة الإنجاز والمطابقة في (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى تخصيص العقار لصاحب حفظ الحق في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الالتزام بتحرير عقد البيع النهائي

خلافا للبيوع الواردة على المنقولات والتي تنتقل الملكية فيها من البائع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد، يشترط في بيع العقار توافر شرط هام إلى جانب الرسمية يتمثل في إتباع إجراءات الشهر العقاري، وعملا بالمادة (793)¹ من القانون المدني الجزائري.

لكن رغم تعلق عقد حفظ الحق بملكية عقار إلا أنه لا ينقل الملكية إلى صاحب الحق إلا بموجب عقد البيع الذي يتم تحريره عند نهاية الإنجاز، وشرط الشهر لا يخص عقد الحفظ بل يتعلق بمستلزمات انتقال الملكية بموجب عقد بيع العقار المنجز والذي كان محل الحفظ.

كما يعتبر المرقى العقاري الشخص الوحيد الذي خول له القانون إمكانية إبرام عقد حفظ الحق².

¹ - المادة (793) من القانون المدني الجزائري.

² - طبقا للمادة (29) من القانون رقم 04-11، سابق الذكر.

وقد اشترط القانون رقم 11-04 السالف الذكر من خلال المادة (33) التزام المرقى العقاري بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر الاستلام المؤقت للبناءية أو جزء منها، بإعداد عقد بيع البناءية أو جزء من البناءية المحفوظة أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق وهو الالتزام المدرج في نموذج عقد حفظ الحق المعتمد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-431 السالف الذكر.

وهنا يتحتم علينا تقديم ملاحظتين، الأولى أن المشرع استعمل مصطلح بناءية عوضا عن عقار، والثانية استعمل مصطلح الاستلام المؤقت لجزء أو كل البناءية وهو نفس المصطلح المستعمل في نموذج العقد المعتمد، فعدم توحيد المصطلحات في القانون رقم 11-04 السالف الذكر وكذا التنظيم يؤدي إلى خلافات حول سوء تكييف محل الالتزام، لأن العقار يعتبر جزء من البناءية وليس العكس، وعلى هذا الأساس يستوجب توحيد مصطلح " عقار " بالنسبة لكل المعاملات العقارية خاصة تلك المتعلقة بالعقار في طور الإنجاز.

أما بالنسبة للتسليم المؤقت، فهذا يدل على أن المرقى العقاري يلتزم بتسليم العقار المنجز مباشرة بعد الانتهاء من بنائه، على أن يحرر عقد البيع خلال مدة ثلاثة أشهر (03) من تاريخ التسليم المؤقت للعقار المنجز، ويكون ذلك أما موثق مقابل تسديد بقية ثمن البيع من طرف صاحب حفظ الحق.

كما تجدر الإشارة إلى المدة الخاصة بتحرير العقد والمقدرة بثلاثة أشهر (03) من تاريخ الاستلام المؤقت حددت في تشريع سنة 2011 بعد أم كانت محددة بمدة شهر واحد في تشريع سنة 1986، أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فقط ربط هذه المدة بالعقد الابتدائي، يحث يتم الاتفاق عليها من مختلف الأطراف وهو ما اعتمده في نموذج عقد حفظ الحق في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 السالف الذكر الذي ترك المجال إلى اتفاق الأطراف المتعاقدة¹.

وقد كرس المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري هذا الالتزام أي إبرام العقد النهائي، إذ تنص المادة (2/28) منه على " يتعهد المرقى العقاري بعرض مشروعه للبيع في ظل الاحترام

¹ - نسيم موسى، المرجع السابق، ص 107.

الصارم للأحكام المتعلقة بكيفيات البيع كما تم النص عليها في الفصل الثالث من القانون رقم 04-11. السالف الذكر.¹

وبالتالي لا يكفي أن يعرض المرقى العقاري مشروعه للبيع بل يجب أن يعرضه على صاحب حفظ الحق دون غيره وزيادة على ذلك يجب أن يكون محل البناء مطابقا للشروط المحدد في العقد وهذا ما سنتطرق إليه في فرع الثاني.

الفرع الثاني

الالتزام بمواصلة الإنجاز والمطابقة

يعتبر الالتزام بمواصلة الإنجاز ومطابقته من أهم العقود، وهو ما يميز عقد البيع على التصاميم عن البيوع العادية إذ أن هذا العقد يرد على عقار لم يتم إنجازه بعد، لذلك يلتزم البائع بمقتضى هذا العقد بمواصلة الإنجاز ومطابقته للمواصفات المتفق عليها باستصدار شهادة المطابقة.

أولاً: الالتزام بمواصلة البناء وإنجائه

يقصد بمواصلة البناء وإنجائه هو تنفيذ أشغال البناء وتشبيد كل الأجزاء وتركيب عناصر التجهيز في المكان المخصص لها، ليصبح البناء صالحا للغرض الذي أنجز من أجله، والالتزام البائع بمواصلة البناء لا يقتصر على مجرد القيام بمواصلة الإنجاز بل لا بد من إتمامه، ويعتبر العقار تام الإنجاز إذا كانت الأعمال قد نفذت وقد نصبت عناصر التجهيز الضرورية لاستعمال المبنى في الغرض المعد له.²

وعليه فالبائع ملزم بمواصلة الإنجاز وإنجائه في المدة الزمنية المحددة في العقد، وبهذا يكون قد حقق ركنا من أركان العقد وهو المحل، ولا يكفي التزام البائع بمواصلة الإنجاز وإتمامه، دون قيده بأجل محدد يتفق عليه المتعاقدان، لاسيما وأن تحديد مدة الإنجاز مرتبط بتحديد مدة الالتزام بالتسليم، حيث أن آجال إتمام الإنجاز تنتهي قبل انتهاء مدة التسليم، وتحدد المدة حسب اتفاق الأطراف، فقد تكون بالأيام أو بالأشهر أو السنوات حسب ما تقتضيه طبيعة

¹ - المادة (2/28) من المرسوم التنفيذي رقم 12-85، السالف الذكر.

² - مديحة خنوفة، المرجع السابق، ص 73.

الصفة طبقا للبرنامج المسطر لها مع الأخذ بعين الاعتبار حالة التوقف وأيام العطل، وفي كل الأحوال على البائع التقيد بهذه الآجال حتى يتم التسليم في الميعاد المحدد له، إلا إذا تعرض إلى عقوبات التأخير¹.

أما القانون الفرنسي فقد اعتبرها واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق كأصل عام بحسب اتفاق الأطراف، وفي حالة عدم وجود أي اتفاق، يثبت هذا بواسطة تصريح بإتمام الإنجاز بواسطة محضر معاينة أو بتحرير محضر انتهاء الأشغال النهائية²، أو بواسطة تصريح بإتمام الإنجاز من قبل الطرف الذي طلب منه رخصة البناء، كما يمكن التسليم والتسلم.

ولقد نص المشرع على هذا الالتزام في المادة (17) من القانون رقم 11-04 السالف الذكر بنصها على " يتولى المرقى العقاري مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي الداخل في إطار الدراسات والأبحاث والتعبئة والتمويل، وكذا تنفيذ أشغال إنجاز المشروع العقاري".

ويجب على المرقى العقاري خلال تنفيذه لمشروع البناء احترام مخططات التهيئة والعمران المصادق عليها قانونا عملا بأحكام المادة (05) من نفس القانون والتي تنص على " يخضع نشاط الترقية العقارية في مجال التصميم والتهيئة والبناء إلى القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء المحددة في التشريع المعمول به وكذا أحكام هذا القانون، لا يمكن تشييد أي مشروع عقاري يتناقض مع مضمون مخططات التهيئة والعمران المصادقة عليها قانونا"³.

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم إتمام الإنجاز يختلف عن مفهوم تمام الإنجاز، ذلك أن الأول يعني الالتزام بتنفيذ جميع الأشغال المتعلقة بالبناء ووضع كل العناصر التجهيزية، أما الثاني فيتعلق بالالتزام البائع أي المرقى العقاري بضمان سير العناصر التجهيزية لفترة محددة⁴.

نجد أنه على المرقى العقاري إيجاد محل العقد وهو التزام جوهرى في العقد، وعليه هو التزام بتحقيق نتيجة، ف ضمان الإنهاء الكامل للأشغال هو ضمان موضوعي لا يستند إلى فكرة

¹ - نسيم بوجنان، المرجع السابق، ص 56.

² - مسكر سهام، المرجع السابق، ص - ص 80 - 81.

³ - المادة (11) من القانون رقم 11-04، والمادة (10) من المرسوم التنفيذي رقم 12-85. السالف الذكر

⁴ - علل قاشي، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2015، ص 18.

الخطأ، بل يدرج في نظام الالتزام التعاقدي بالتحقيق طبقا للمادة (17) من قانون الترقية العقارية، فلا يكفي بذل العناية اللازمة من طرف المرقى العقاري لتحقيق العقد، إنما يلتزم بالقيام بكل ما يجعل العقار جاهزا لتأدية الغرض المقصود منه، ومحققا لكافة المواصفات المتفق عليها في العقد، غير أن المشرع الجزائري باشتراطه لصفة المرقى العقاري في البائع يجب أن تتوفر لديه القدرات الكافية¹، وهي من بين شروط اكتسابه تلك الصفة، ناهيك عن القروض التي يمكن أن يلجأ إليها والتي تغطي نسبة كبيرة من عملية البناء، بالإضافة إلى ذلك ما يؤكد التزام المرقى العقاري بالبناء.²

وتثبت المطابقة بواسطة شهادة المطابقة، والتي يختص بتسليمها المجلس الشعبي البلدي أو الوالي، حيث تسلم هذه الشهادة عند الانتهاء من أشغال البناء اعتمادا على التصاميم والمقاييس التي يقدمها المرقى العقاري عند طلبه لرخصة البناء.

ثانيا: شهادة المطابقة

أشارت لها المادة (75) من القانون رقم 90-29 السالف الذكر ونظم أحكامها المرسوم التنفيذي رقم 91-176 السالف الذكر وهي أهم وسيلة من وسائل الرقابة البعدية التي تمكن الإدارة من مراقبة مدى احترام البناء عند إنجازه للرخصة الممنوحة بالبناء حتى يتمكن بواسطتها الترخيص بفتح السكن، وقد ألزم المشرع الإدارة ممثلة في لجنة مراقبة المطابقة بالانتقال لمعاينة البناء المنجز ومدى احترامه لحدود الرخصة الممنوحة³.

لا يكفي التزام المرقى البائع بمواصلة الإنجاز وإتمامه خلال الأجل المتفق عليه، بل أن يكون هذا الإنجاز مطابقا لقواعد البناء والتعمير والتصميم المبرمج من طرف المهندس المعماري ولرخصة البناء.⁴

¹ - المادة (12) من القانون رقم 11 - 04 السالف الذكر.

² - بن حمام نجية، المرجع السابق، ص - ص 56 - 57.

³ - شروقي محترف، البناء الفوضوي في الجزائر (من وجهة نظر قانونية)، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005 - 2008، ص 27.

⁴ - بوجنان نسيم، المرجع السابق، ص 82.

ويختلف مفهوم عدم المطابقة عن الالتزام بضمان حسن الإنجاز، فالأولى عندما يتطابق البناء مع تصاميم المعماري ورخصة البناء كذلك عدم مطابقتها لقواعد البناء والتعمير، فهي لا تعيب البناء بأن تجعله غير صالح لما أعد له، أما الثانية فهي تنشأ عند وجود خلل يصيب البناء ويؤثر في كيانه واستعماله¹.

ثالثاً: إجراءات طلب شهادة المطابقة

تختلف إجراءات طلب شهادة المطابقة باختلاف ثلاث حالات:

الحالة الأولى: حالة إيداع تصريح بانتهاء الأشغال خلال ثلاثين يوماً

يشهد على هذا الانتهاء من نسختين بمقر المجلس الشعبي البلدي مقابل وصل إيداع، لترسل نسخة منه إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية، كما تتحقق من مدى مطابقة الأشغال المنجزة مع رخصة البناء لجنة مراقبة، ثم تجتمع هذه اللجنة مع مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير، وهذا باستدعاء رئيس المجلس الشعبي البلدي خلال (03) أسابيع لإيداع التصريح بانتهاء الأشغال ليقوم هذا الأخير بإشعار المرقى العقاري بإجراء المراقبة، وذلك قبل 8 أيام على الأقل قبل تحرير محضر الجرد، والذي يذكر فيه جميع الملاحظات المتعلقة بالمطابقة التي تمت معاينتها².

أما إذا لم يودع التصريح بانتهاء الأشغال ضمن الشروط والآجال المطلوبة تبعا لآجال الإنجاز المتوقعة في رخصة البناء فتجرى عملية مطابقة الأشغال وجوبا بمبادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي³.

الحالة الثانية: حالة عدم إيداع التصريح خلال ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ انتهاء

الأشغال

عندما لا يودع التصريح خلال ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ انتهاء الأشغال فإن المشرع قد أوكل مهمة مهمة البحث عن مخالفات التعمير إلى ما يسمى بشرطة العمران في إطار

¹ - ينظر الملحق رقم (01) من المذكرة يتضمن شهادة المطابقة.

² - بوجنان نسيم، المرجع السابق، ص 83.

³ - إقلولي أولد رابح صافية، المرجع السابق، ص - ص 192 - 193.

الرقابة الإدارية، وهذا بموجب المرسوم التشريعي رقم 94-03 المؤرخ في 18/05/1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، إلا أن القانون رقم 04-06 المؤرخ في 14/08/2004 قد ألغى المادة (51) من المرسوم التشريعي رقم 94-03 والتي تحدد الموظفين المؤهلين للرقابة الإدارية، وعملا بالتعديل الجديد في المادة (02) من المرسوم التنفيذي رقم 06-55 المؤرخ في 30/01/2006 المحدد لشروط وكيفيات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير ومعاينتها، وكذا إجراءات المراقبة، فإن المكلفين بالرقابة علاوة على ضباط وأعوان الشرطة القضائية هم مفتشو التعمير الذين يمارسون عملهم بإدارة وزارة السكن والعمران والأعوان الذين يمارسون عملهم بمصالح التعمير التابعة للبلدية فهم ملزمون بالتحقيق ميدانيا من مدى مطابقة العقار لرخصة البناء، ففي حالة المطابقة تسلم للمعني شهادة مطابقة، أما في حالة عدم المطابقة فإنها تقوم باتخاذ نفس إجراءات الحالة الأولى¹.

الحالة الثالثة: حالة غياب أي قرار في المطابقة خلال ثلاثة أشهر الموالية لإيداع التصريح بانتهاء البناء

يمكن للمركبي العقاري في هذه الحالة أن يتقدم بطعن رسمي بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام إلى الوزير المكلف بالتعمير أو الوالي إذا كان هو السلطة المختصة بتسليم هذه الرخصة.

وفي حالة غياب قرار يفصل في المطابقة خلال ثلاثة (3) أشهر التالية لإيداع التصريح بالانتهاء من البناء من طرف المعني بالأمر، يمكن لصاحب الطلب أن يودع طعنا مقابل وصل إيداع لدى الولاية، وتكون مدة أجل تسليم الرخصة أو الرفض المبرر خمسة عشر (15) يوما، وفي حالة تلقيه إجابة على الطعن الأول خلال المدة المحددة يمكنه تقديم طعنا ثانيا لدى الوزارة المكلفة بالعمران²، ومن بين هذه المحاضر: محضر معاينة الأشغال غير المطابقة لأحكام رخصة البناء المسلمة، محضر الأمر بتحقيق المطابقة، محضر تسديد وتحقيق

¹ - بوجنان نسيم، المرجع السابق، ص - ص 84 - 85.

² - إقلولي أولد رابح صافية، المرجع السابق، ص - ص 195 - 196.

المطابقة¹. وبالتالي التزام المرقى العقاري في عقد حفظ الحق ليس التزام بتسليم لأنه يترتب عند إبرام العقد النهائي وإنما التزامه الأساسي هو تخصيص العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق عند انتهائه وهذا ما سنتطرق إليه بتفصيل في فرع الوالي.

الفرع الثالث

تخصيص العقار لصاحب حفظ الحق

يقصد بتخصيص العقار إفراده أو تكريسه لشخص واحد فحسب دون غيره وهو المتعاقد معه، ويطلق على هذا الأخير عبارة صاحب حفظ الحق لأنه الشخص الوحيد الذي يحق له تملك البناية محل الحفظ دون غيره في حالة ما قرر اقتنائها عند الانتهاء من إنجازها، وبناءا على ذلك يمنع المرقى العقاري القيام بأي تصرف قد يحول دون ذلك، أي تملك صاحب حفظ الحق لهذا العقار بما في ذلك بيعه أو استجاره أو تخصيصه لأكثر من شخص واحد كل هذا يعد إخلالا بالتزاماته التعاقدية والمهنية.

ويعتبر هذا الالتزام في مفهومه نفس الالتزام الحاجز في العقد التمهيدي لبيع العقار قيد الإنجاز في القانون الفرنسي طبقا للمادة (15) و(261) من قانون البناء والسكن حيث يلتزم البائع بحجز عقار أو جزء منه للمشتري، ولأن المشرع الفرنسي لم يحدد مفهوم مصطلح حجز أدى بالبعض إلى تمييز جانبيين في هذا الالتزام.

الجانب الأول: اعتبره الأفضلية في الشراء، حيث يلتزم الحاجز بالتعاقد بالأولوية مع المحجوز له على أساس أنه تم تحديد مواصفات وخصائص العقار بموجب العقد التمهيدي قبل البدء في تنفيذ المشروع، وهو ما يجعله أيضا يعلم المحجوز له في مدة شهر قبل التوقيع على العقد النهائي، وبالتالي يعتبر الحجز من هذه الوجهة التزام سلبي للحاجز بحيث لا يعرض العاقر للبيع دون عرضه مسبقا على المحجوز له².

¹ - معسكر سهام، المرجع السابق، ص - ص 84 - 85.

² - أحمد إبراهيم الحياوي، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء، مجلة الحقوق، العدد الرابع، الكويت، 2009، ص 281.

الجانب الثاني: أما هذا الجانب فاعتبره التزام بالبيع، يلتزم الحاجز في العقد التمهيدي في حالة ما كانت أعمال البناء متقدمة ببيع العقار للمحجوز له، وهو بذلك التزم إيجابياً ويعتبر بمثابة وعد بالبيع.

غير أننا لا نتصور هذا التمييز بالنسبة لعقد حفظ الحق حيث أنه بمجرد إبرامه سواء كان العقار لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز (بعد البدء في أشغال البناء) فالتزام المرقى العقاري يبقى نفسه ولا يتغير بالنظر إلى الظروف التي أبرم فيها، وهو تخصيص العقار وعرضه على صاحب حفظ الحق بغرض بيعه فور إنجازه، فنطاق إبرام هذا النوع من العقود يكمن في عدم اكتمال البناء، فالقول أن العقار مقرر بناؤه أو في طور البناء يترتب عنه نتيجة واحدة وهي أن العقار لا يزال قيد الإنشاء¹.

وعلى هذا الأساس يختلف التزام المرقى العقاري بالالتزام صاحب حفظ الحق باعتبار هذا الأخير المرشح لكسب الملك المحفوظ باعتباره الميزة الخاصة لعقد حفظ الحق، ولتوضيح أكثر سوف نتطرق إليه في مطلب الثاني.

المطلب الثاني

التزامات صاحب حفظ الحق وجزاء الإخلال بالتزامات

يعتبر عقد حفظ الحق عقد ملزم لجانبين كما رأينا في السابق، وبالتالي يترتب منذ إبرام العقد التزامات تقع على عاتق صاحب حفظ الحق (المشتري)، تقابله التزامات المرقى العقاري ويتمثل أهم التزام لصاحب حفظ الحق هو دفع تسبيق نقدي وهو الذي يختلف في بعض الخصوصيات للبيع العادي، وهذا ما سنتطرق إليه في (الفرع الأول)، بالإضافة إلى الالتزام بدفع تسديد نهائي للمبلغ (الفرع الثاني)، كما سوف نتحدث على جزاء الإخلال بالتزامات في (الفرع الثالث).

¹ - أحمد إبراهيم الحياوي، المرجع السابق، ص 290.

الفرع الأول

التزامات صاحب حفظ الحق

يقابل التزام المرقى العقاري بتخصيص العقار المقرر إنجازه لصاحب حفظ الحق، التزام هذا الأخير بإيداع المبلغ نقدي كضمان لغرمه على اقتناء الملك المحفوظ أو كخطوه لتحقيق العقد النهائي، ويعتبر هذا التسبيق سبب في قيام المرقى العقاري بتنفيذ التزاماته.

1- الالتزام بدفع تسبيق مالي ثمن عقار في طور الإنجاز:

يشكل الثمن محل التزام المشتري في عقد البيع كونه ركن التعاقد الرئيسي مع الشيء المبيع، وبذلك يكون حلقة الاتصال بين كل من يعرض سلعة أو خدمة وكل من يطلب هذه السلعة أو الخدمة¹، فهذا الالتزام يعد أحد الالتزامات الرئيسية في عقد البيع عموماً²، ولكن عقد حفظ الحق يختلف عن عقد البيع العادي، من حيث كيفية تحديده وطريقة دفعه وقابليته للمراجعة.

تنص المادة (52) من القانون رقم 11-04 السالف الذكر على " في حالة حفظ الحق لبناية أو جزء من بناية يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقى العقاري وفقاً لأحكام المادة (27) أعلاه، لا يتجاوز عشرين 20% من السعر التقديري للعقار كما اتفق عليه بين الطرفين".

وبالرجوع إلى نص المادة (19) من المرسوم التنفيذي رقم 12-85 التي تنص على " يتعهد المرقى العقاري في إطار نشاطاته بعدم الاستلام من المقتنين أي دفع ودفع جزئي أو/ تسبيق بأي شكل من الأشكال، إذا كان غير مفروض وغير ناتج عن إعداد تام لعد البيع أو البيع على التصاميم أو الحجز..."

وبالرجوع إلى نموذج عقد حفظ الحق المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 السالف الذكر فإن عقد حفظ الحق عقد رسمي يجب أن يحرره موثق وأن يتم تعريف بهوية الأطراف،

¹ - محمد عبد الله أبو هزيم، أحكام الثمن في عقد البيع وفق أحكام التشريع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2006، ص 33.

² - المادة (351) من القانون المدني.

أي المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق، وأن يتم ذكر موضوع العقد، حيث يلتزم المرقى العقاري بموجب عقد حفظ الحق تخصيص لصاحب حفظ الحق، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء، وذلك بغرض اقتنائه عند إتمامه، مقابل دفع تسبيق من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم صاحب حفظ الحق لدى صندوق الضمان الكفالة المتبادلة¹.

كما لابد من تقدير السعر التقديري لبيع ملك موضوع عقد حفظ الحق، وهذا السعر هو المبلغ الذي يلتزم صاحب حفظ الحق بتسديده للمرقى العقاري مقابل تسليم البناية أو جزء من البناية التي تم بناؤها، ويلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق ويتم ذكر قيمته، على أن لا تتجاوز 20% حسب الأمر بالدفع المعد من طرف المرقى العقاري والذي يودع لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية، والذي يلتزم صاحب حفظ الحق بإيداعه في حدود 20% من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق، حيث يعتبر صندوق الضمان والكفالة المتبادلة هيئة ضمان لكل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق، فبالنسبة لصاحب حفظ الحق فأيداعه لمبلغ الضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة هذا يشكل ائتمان، وبه يرتبط المرقى العقاري بالتزاماته إلى غاية إبرام العقد النهائي، ويشكل ائتمان بالنسبة للمرقى العقاري في مواجهة صاحب حفظ الحق للضغط على إرادته في الالتزام بالشراء وأن تراجع بصفة منفردة يفقده نسبة من مبلغ الضمان².

وبالمقارنة مع القانون الفرنسي فطبقاً لنص المادة (28/261) من قانون البناء والسكن رقم 76-03 فإن نسبة الضمان التي على المحجوز له أن يدفعها تختلف باختلاف المدة اللازمة لإبرام العقد النهائي، غير أن القضاء الفرنسي استقر على أن هذا الالتزام هو ما يميز العقد الابتدائي بحيث مبلغ الضمان محدد بموجب القانون رقم 67-03 المؤرخ في 1967/01/03 المتضمن قانون السكن لاسيما المادة (25/261) منه والذي ربط إبرام عقد البيع النهائي بالتالي:

- يلتزم المحجوز له بإيداع 05% من السعر التقديري إذا كانت مدة إبرام عقد البيع لا تتجاوز سنة واحدة.

¹ - راجع الملحق رقم (2) من المذكرة، المتضمن نموذج عقد حفظ الحق.

² - آسيا دوة، المرجع السابق، ص 8.

- 02 % إذا كانت المدة لا تتجاوز سنتين.

وإذا كانت المدة تتجاوز سنتين فلا تشترط أي مبلغ ضمان ويودع الضمان لدى صندوق ضمان لحساب خاص باسم صاحب حفظ الحق لدى البنك أو الموثق¹ وهذا يعني أن التسبيق يبقى في ملكية صاحب حفظ الحق ولا ينتقل إلى حساب المرقى العقاري ولا يمكنه الاستفادة منه في تمويل مشروعه، ويتم تحرير التسبيق لفائدة المرقى العقاري بمجرد التوقيع المشترك لعقد البيع النهائي أمام الموثق².

2- الالتزام بتسديد بقية ثمن العقار المتفق عليه:

أما بالنسبة بالالتزام صاحب حفظ الحق بتسديد السعر الكلي للبيع نرى هنا أن المشرع ربط عملية كتابة العقد النهائي أمام موثق بضمان وفاء صاحب حفظ الحق بالمبلغ المتبقي لسعر العقار، فإذا امتنع صاحب حفظ الحق عن تسديد باقي الثمن فإن المرقى العقاري يتوقف عن إجراءات إعداد العقد الرسمي الذي يترتب عليه انتقال الملكية، وهو ما نصت عليه المادة (31) من القانون رقم 04-11³ السالف الذكر، فإبرام العقد النهائي يتوقف على السداد الكلي لسعر البيع أي عدم التسديد يعني حرمان صاحب حفظ الحق من العقد الرسمي الناقل للملكية باعتبار أن عقد حفظ الحق غير ناقل للملكية بل العقد النهائي هو الناقل وهو ما أكدته القواعد العامة في القانون المدني الجزائري⁴.

وبالتالي يعتبر هذا الالتزام من مستلزمات إبرام عقد البيع بين المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق، فإذا تخلف هذا الأخير عن تسديد بقية المبلغ المستحق فيبطل التزام المرقى العقاري بإبرام عقد البيع، وبالتالي عدم انتقال الملكية مما ينتج كذلك فسخ عقد حفظ الحق بطلب من المرقى العقاري مع اقتطاع نسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع طبقاً للفقرة الثانية من المادة (32) من القانون رقم 04-11 السالف الذكر⁵.

¹ - المرجع نفسه، ص - ص 10 - 11.

² - المادة (2/27) من القانون 04-11 السالف الذكر.

³ - المادة (31) من القانون رقم 04-11، نفس المرجع.

⁴ - المادة (200) من القانون المدني الجزائري.

⁵ - المادة (32) من القانون رقم 04-11 السالف الذكر.

ومن خلال ذلك نطرح التساؤل حول مدى إلزامية صاحب حفظ الحق من شراء العقار أم لا؟

يكون الجواب على أساس الاعتماد على البعد الاقتصادي المضمون في نص المادة (32) سابقة الذكر، حيث إذا كان للمرقي العقاري الحق في فسخ عقد حفظ الحق في حالة إخلال صاحب حفظ الحق بالتزاماته ولاسيما المتعلقة بتسديد بقية ثمن العقار المتفق عليه، فبالمقابل لا يمكن اعتبار التزام صاحب حفظ الحق بشراء العقار أمراً واجباً، بل اختيارياً لأنه في حالة رفضه يتم اقتطاع نسبة 15% من المبلغ المودع لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

نفس الموقف اتخذته الفقه المقارن على أساس اعتبار التزام صاحب حفظ الحق اختيارياً وليس إجبارياً، خاصة أن الالتزامات التي يولدها عقد حفظ الحق هي التزامات شخصية، ويعتبر مبلغ الضمان وسيلة ضغط على صاحب حفظ الحق لشراء العقار محل الحفظ، والإخلال بهذا الالتزام يترتب عنه فقدان نسبة معتبرة من مبلغ التسبيق مع احتمال تعويضات أخرى طبقاً للقواعد العامة¹

وبتالي أن العقد حفظ الحق يترتب جزاءات في حاله إخلال احدهم بالتزاماته فما هي الجزاءات التي تترتب عن ذلك؟ وإجابه على ذلك سوف نتطرق إليها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بالتزامات

بما أن العقد ملزم لجانبيين فيرتب التزامات متقابلة بين الطرفين وفي حالة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته تترتب عليه جزاءات، فإذا أخل البائع بأحد الالتزامات مثلاً عدم إتمام الإنجاز في الأجل المحدد أو عدم مطابقته للمواصفات المطلوبة يعرضه إلى جزاءات تتمثل في:

أولاً: جزاءات مدنية

إن إخلال المرقي العقاري بالتزاماته يعرضه لجزاءات تتمثل في التعويض أو الفسخ.

¹ - نسيم موسى، المرجع السابق، ص 112.

1- التعويض:

- **التعويض العيني:** هناك من يطلق على هذا الجزاء بالتنفيذ العيني، يعني مطالبة المرقى العقاري بتنفيذ ما أخل به من التزام وبعبارة أخرى الوفاء بالالتزام عينيا، وهو الأصل لأنه الأصلح للمتضرر لذا يلجأ له القاضي متى كان ممكنا¹، ويشترط لفرضه على المرقى العقاري أن يكون ممكنا، وأن يطلب المقتني تنفيذه، وأخيرا ألا يكون في هذا التنفيذ إرهاقا للمرقى العقاري².

يختلف التنفيذ العيني حسب الالتزام الملقى على عاتق المرقى العقاري:

إذا أخل المرقى العقاري بالتزاماته في الإنجاز فإن التنفيذ العيني يكون بإصدار حكم يقضي بإجبار المرقى العقاري باستكمال البناء وتخصيصه لصاحب حفظ الحق بغرض بيعه فور إنجائه، حيث تنص المادة (174) من القانون المدني على أن " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكنا أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بالتزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك.

وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ وبالتالي أن لجوء صاحب حفظ الحق للقضاء للحصول على اعتماد يقضي بتنفيذ المرقى العقاري بالتزامه يكون ذلك بعد اعدار المرقى العقاري بالتنفيذ العيني وذلك عملا بنص المادة (164) من القانون المدني³.

2- الفسخ:

الأصل في العقد تنفيذه طبقا لقاعدة القوة الملزمة للعقد، لكن قد لا ينفذ أحد المتعاقدين الالتزامات الملقاة على عاتقه، فيكون للطرف الآخر طلب الفسخ، وعليه فالفسخ هو " انحلال

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 146.

² - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 437.

³ - المادة (164) من القانون المدني الجزائري.

الرابطه العقدية بأثر رجعي وهو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي، يفترض الفسخ وجود عقد ملزم لجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الآخر بفسخه¹.

يعد الفسخ من أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقع على المرقى العقاري، حيث أن القاضي لا يحكم به بمجرد طلبه، وإنما له سلطة تقديرية في ذلك، ويشترط لقيام الفسخ حسب نص المادة (32) من القانون رقم 11-04 السالف الذكر².

ويكون الفسخ إما قضائيا أو اتفاقيا:

أ. **الفسخ الاتفاقي** : هو أن يتفق طرفي العقد على اعتبار هذا الأخير مفسوخا إذا ما أخل أحدهما بالالتزامات الملقاة على عاتقه دون اللجوء للقضاء وهذا ما جاء في نص المادة (120) من القانون المدني الجزائري بنصها على "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها ودون حاجة إلى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين"

ب. **الفسخ القضائي**: هذه الحالة تكون عندما لا يضمن المتعاقدان العقد شرطا فاسخا، هذا يتم اللجوء للقضاء ويكون للقاضي السلطة التقديرية في القضاء به، عكس الفسخ الاتفاقي الذي يحكم فيه القاضي بالإرادة الطرفين، كما يجوز لطالب الفسخ العدول عن طلبه والمطالبة بالتنفيذ العيني لاعتباره أنه الأصل³.

ثانيا: جزاءات جزائية

بالرجوع إلى العقوبات الواردة في القانون رقم 11-04 السالف الذكر نجد أنه قد نص على ذلك :

¹ - عبد الحميد الشوراني، المرجع السابق، ص 15.

² - المادة (32) من القانون رقم 11-04، السالف الذكر.

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة، ص 366.

أ. جريمة الشروع في أشغال دون ترخيص إداري مسبق: طبقا للمادة (69) يعاقب المرقى العقاري بغرامة مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

ب. جريمة عدم إفراغ عقد بيع على التصاميم وكذا عقد حفظ الحق في نموذج الذي يحدده التنظيم: طبقا للمادة (70) يعاقب المرقى العقاري بالحبس من شهرين (02) إلى سنتين (02) وغرامة مائتي ألف دينار (200.000) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

ج. جريمة المطالبة أو قبول التسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو سند تجاري قبل التوقيع على عقدي البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق: طبقا لنص المادة (71) يعاقب المرقى العقاري بالحبس من شهرين (02) إلى سنتين (02) وغرامة مالية تقدر من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

د. جريمة عدم تبليغ المقتني لنظام الملكية المشتركة قبل تسليم البناية: طبقا للمادة (72) يعاقب المرقى العقاري بغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

هـ. جريمة عدم احترام آجال تحويل الملكية¹: طبقا للمادة (73) يعاقب المرقى العقاري بغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

و. جريمة عدم اكتتاب تأمين في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: طبقا للمادة (74) يعاقب المرقى العقاري بالحبس من شهرين (02) إلى سنتين (02) وغرامة مالية تقدر من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

ز. جريمة الإدلاء بمعلومات خاطئة أو غير كاملة في الوثائق والعقود والصفقات: طبقا للمادة (75) يعاقب المرقى العقاري بالحبس من شهر (1) إلى خمس (05) سنوات وغرامة مالية تقدر من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

¹ - وزارة عواطف، التزامات المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم وفقا للقانون 04/11، الملتقى الوطني حول: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17/18 فيفري 2013، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 92.

ح. جريمة عدم الإعلام بالبيانات والمعلومات المتعلقة بأصل ملكية الأرض رقم السند العقاري ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والشبكات وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء: طبقاً للمادة (76) يعاقب المرقى العقاري بغرامة مالية تقدر من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

ط. جريمة عدم حصول المرقى على اعتماد لممارسة المهنة: أحالت المادة (77) إلى المادة (243) من قانون العقوبات والتي تقضي بمعاينة المرقى العقاري إذا استعمل لقب خاص بمهنة ينظمها القانون - مهنة المرقى العقاري - وكذا شهادة رسمية أو صفة لم تستوف الشروط المحددة قانوناً بالحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى سنتين (02) وبغرامة مالية تقدر من خمس مائة دينار (500 دج) إلى خمس آلاف دينار (5000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين¹.

وبتالي لإتمام الالتزامات الناشئة بين طرفي العقد حفظ الحق كما سبق وتناوله سوف نتطرق إلى التزام الذي جاء به القانون 04-11 وهو الصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية وعلى هذا الأساس سنقوم بتوضيحه في المبحث الثاني.

¹ - عربي بايزيد، النظام القانوني للترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2009، ص 109.

المبحث الثاني

صندوق الضمان والكفالة المتبادلة كأداة لتطوير نشاط الترقية العقارية

ينطوي نشاط الترقية العقارية على جملة من المخاطر تجعل العديد من الراغبين في اقتناء سكن يعزفون عن الاكتتاب في صيغة من صيغه المتاحة المبينة في القانون رقم 04-11 السالف الذكر، لذلك فإن آلية الائتمان المتمثلة في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة تسمح بطمأنة المقبلين على التعاقد مع المرقى العقاري على مستقبل العقار محل العقد، لاسيما وأن المشرع الجزائري فرض عليه (المرقى العقاري) الانخراط في الصندوق وألزمه باكتتاب تأمين عند مبادرته بإنشاء عقار خاصة وفق صيغتي البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق. حيث أن المشرع الجزائري منح لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة صلاحية مراقبة أشغال إنجاز العقار الذي اكتتب المرقى العقاري تأميناً بمثابة إنجاز له، ما يسمح بالقول إن نشاط الترقية العقارية له مساحة من الأمان لا بأس يمكن الوثوق فيها¹، وبالتالي سوف نتطرق إلى نشأة صندوق الضمان والكفالة المتبادلة كهيئة ضمان الترقية العقارية في (المطلب الأول)، وفي (المطلب الثاني) نتطرق إلى الطبيعة القانونية لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية.

المطلب الأول

نشأة صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

تم إنشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية في سنة 1997، وذلك بناء على نص المادة (131) من المرسوم التشريعي رقم 01-93²، وبناء على نص المادة (11) من المرسوم التشريعي رقم 03-93 السالف الذكر³، وبالرجوع إلى نص المادة (131) من قانون المالية لسنة 1993 التي تنص على "تعديل وتتمم المادة (121) من القانون رقم 89-26 المؤرخ في 1989/12/31 والمتضمن قانون المالية لسنة 1990 كما يلي:

¹ - لونيس عبد الوهاب تأملات حول الضمان في نشاط الترقية العقارية، يوم دراسي نظم بتاريخ 2016/04/28، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، ص 03.

² - المادة (131) من المرسوم التشريعي رقم 01-93 المؤرخ في 1993/01/19 المتضمن قانون المالية لسنة 1993، ج.ر، العدد 4، المؤرخة في 1993/01/20.

³ - المادة (11) من المرسوم التشريعي رقم 03-93 السالف الذكر.

يمكن إحداث صناديق للضمان والكفالة المتبادلة في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي عن طريق التنظيم".

تتمتع صناديق الضمان المشار إليها في الفقرة الأولى أعلاه بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، هدفها ضمان القروض المصرفية الممنوحة من قبل المؤسسات المصرفية وكل أشكال التسديد الأخرى التي تكتسي طابع التسبيق عند الطلب الوارد من زبائنها المنخرطين يمكن أن ينخرط في صندوق الضمان كل شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص ذو نشاط يتناسب مع مجال اختصاص الصندوق، حيث يمكن لصناديق الضمان والكفالة المتبادلة التي يتم إحداثها في إطار هذه المادة اللجوء إلى تسهيلات مصرفية لتغطية احتياجات الخزينة. حيث تنص المادة (11) من المرسوم التشريعي رقم 93-03 السالف الذكر على " يتعين على متعامل في الترقية العقارية في عمليات البيع بناء على تصاميم أن يغطي التزاماته بتأمين إجباري يكتتبه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

ترفق شهادة الضمان إجباريا بالعقد المنصوص عليها في المادة (10)¹، وبناء على النصين السابقين صدر المرسوم التنفيذي رقم 97-406²، إلا أن الصندوق لم يصبح عمليا إلا في شهر أوت سنة 2000، وبالتالي سوف نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في (الفرع الأول)، والتطرق إلى مهامه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

ينضوي نشاط الترقية العقارية على جملة من المخاطر تجعل العديد من الراغبين في اقتناء سكن يعزفون عن الاكتتاب في صيغته من صيغته المبينة في قانون رقم 11-04 السالف الذكر لذلك فإن إليه الائتمان المتمثلة في الصندوق ضمان وكفالة المتبادلة ألزم المشرع - المرقى العقاري - الانخراط في الصندوق والاكتتاب تامين عند مبادرته بإنشاء العقار، خاصة وفق صيغتي البيع على التصاميم و حفظ الحق.

¹ - المادة (10) من المرسوم التشريعي رقم 93-03، السالف الذكر.

² - المرسوم التنفيذي رقم 97 - 406 المؤرخ في 1997/11/03 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج.ر، العدد 7، المؤرخة في 1997/11/15.

أولاً: تعريف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

لم يعرف المشرع الجزائري صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية في القانون رقم 04-11، السالف الذكر بل اكتفى على إجبارية الانتساب إليه، ويعرف على أنه " عبارة عن مؤسسة عمومية يمارس مهامه تحت وصاية الوزير المكلف بالسكن ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وله طابع تعاوني ولا يسعى لتحقيق الربح ويمكن أن ينظم للصندوق كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاط الترقية العقارية"¹، أما بالنسبة للطبيعة القانونية لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة فلم يبين المشرع طبيعته الخاصة أو العامة، وما يترتب عن تحديد الجهة القضائية المختصة والقانون الواجب التطبيق، وبالرجوع إلى نشأته فهو منشئ من طرف الدولة موضوع تحت وصاية وزارة السكن والعمران²، كما أن تعيين مدير الصندوق وإنهاء مهامه يكون بقرار من وزير السكن والعمران³، ومن جهة أخرى فإن مستخدمي الصندوق يخضعون لأحكام قانون العمل رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، وعند إنشائه تم تمويله من طرف الخزينة العمومية وبعدها سدد قروض الخزينة العمومية وكان له موارد خاصة⁴، أما بالنسبة للنزاعات التي تنشأ بين المرقين العقاريين والمقتنين فيطبق القانون العادي وليس له طابع تجاري.

أجبر القانون رقم 04-11 السالف الذكر المرقى العقاري بضرورة الانتساب إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وبهذا فإنه يتعين على المرقى العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنهائه اكتتاب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان ما يأتي:

- تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات وهنا على أساس عقد بيع على التصاميم وكذا عقد حفظ الحق.

- يترتب على تنفيذ صندوق الضمان والكفالة المتبادلة المذكور، محل حقوق المشتري فيما يخص ديونه تجاه المرقى العقاري في حدود مصاريفه الحقيقية مع احتفاظ المشتري بالحقوق المحددة في المادة (57) والمادة (58) من القانون رقم 04-11

¹ - خالد رامول، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مجلة المفكر، العدد الخامس، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، دون سنة بسكرة، ص 300.

² - المادة (02) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 السالف الذكر.

³ - المادة (17) من نفس المرسوم.

⁴ - المادة (26) من نفس المرسوم.

السالف الذكر، كما يهدف هذا الصندوق إلى ضمان القروض المصرفية الممنوحة من قبل المؤسسات المصرفية وكل أشكال التسديد الأخرى التي تكتسي طابع التسبيق عند الطلب الوارد من زبائنها المنخرطين¹.

ولا يتصور إفلاس الصندوق كونه يمكن طلب المساعدة من قبل الخزينة العمومية، أما في حالة منازعة الصندوق مع المدير فيطبق القانون الإداري مثل إنهاء مهام المدير، ومما سبق لا يمكن الحكم على طبيعة الصندوق باعتباره هيئة خاصة أو عامة.

ثانيا: الإطار التنظيمي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة

لصندوق طابع تعاوني وغرضه ليس تحقيق الربح، وضع له المشرع أجهزة خاصة بالتسيير قصد تحقيق الغرض من وجوده، حيث يديره مجلس إدارة ويسيره مدير عام ويزود بجمعية عامة ولجنة ضمان.

- يتكون مجلس الإدارة من سبعة (7) إلى تسعة (9) أعضاء ينتخبون من ضمن المنخرطين في جمعية عامة ويحضر المدير العام في الأعمال حضورا استشاريا².
- يجتمع هذا المجلس في دورة عادية بناء على استدعاء من رئيسه أربع (4) مرات على الأقل في السنة، ويمكن أن يجتمع في دورة غير عادية كلما اقتضت مصلحة الصندوق، ذلك بطلب من رئيسه أو ثلثي 3/2 أعضائه على الأقل³.
- يتمتع صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بموجب مجلس إدارته بكل السلطات في مجال الإدارة ولاسيما:

- تحديد برنامج الصندوق.
- تنظيم الصندوق وإحداث ممثلياته الجهوية.
- المصادقة على النظام الداخلي للصندوق.

¹ - قني سعدية، ملتقى حول دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، يومي 17 و18 فيفري 2013، ص 117.

² - المادة (10) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 السالف الذكر.

³ - المادة (14) من نفس المرسوم.

- المصادقة على الميزانية التقديرية.
 - الموافقة على الحصائل وحسابات النتائج وتخصيصها.
 - تحديد الشروط والكيفيات العامة لاكتتاب تأمين لدى الصندوق.
 - المصادقة على القواعد العامة لاستعمال الأموال الجائر التصرف فيها وتوظيف الأموال الاحتياطية.
 - الشروط العامة لإبرام الصفقات والعقود والاتفاقيات وكل المعاملات والالتزامات المتصلة بالصندوق.
 - المسائل المتعلقة بالقانون الأساسي وشروط توظيف المستخدمين ودفع مرتباتهم وتكوينهم.
 - تشكيل لجنة الضمان وقواعد عملها.
 - قبول الهبات والوصايا.
 - وبصفة عامة كل المسائل التي يعرضها المدير العام.
- يمكن لمجلس الإدارة أن يستشير أو يشارك في اجتماعاته كل شخص يمكنه أن يساعد في أشغاله بحكم كفاءته¹.
- كما تخضع لموافقة السلطة الوصية المتمثلة في الوزير المكلف بالسكن شروط منح الضمانات المطلوبة من المتعاملين في الترقية العقارية المؤمنين وكيفياتها ومبالغها².
- أما بالنسبة للمدير العام للصندوق فهو يعين بقرار من الوزير المكلف بالسكن، والذي ينهي مهامه كذلك بقرار وزاري.
- وزيادة على السلطات التي يمكن أن يخولها إياه مجلس الإدارة لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة يتولى المدير العام المهام الآتية:
- يسهر على تحقيق أهداف الصندوق وتنفيذ قرارات مجلس الإدارة.
 - يمثل الصندوق أمام العدالة وفي كل أعمال الحياة المدنية.

¹ - المادة (12) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 السالف الذكر

² - المادة (13) من نفس المرسوم.

- يعد مشروع النظام الداخلي ويعرضه على مجلس الإدارة.
- يبرم عقود القروض ويأمر بصرف النفقات (الأمر بالصرف).
- يوقع العقود والاتفاقيات التي تربط الصندوق بالمنخرطين فيه وبالمتعاملين في الترقية العقارية والهيئات المقرضة وبالغير.
- يعد الميزانية التقديرية والحصائل وحسابات النتائج ويعرضها على مجلس الإدارة.
- يسهر على سير المصالح ويمارس السلطة السلمية على كل المستخدمين ويعين المستخدمين ويعزلهم حسب الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.
- يقدم في آخر كل سنة مالية تقريراً عن نشاط الصندوق مرفقاً بالحصائل وحسابات النتائج ويرسله إلى السلطة الوصية بعد مصادقة مجلس الإدارة عليه والاستماع إلى الجمعية العامة للمنخرطين¹.

أما بالنسبة للجنة الضمان فهي مكلفة بما يلي:

- تتخذ قرار منح ضمان الصندوق بعد دراسة الوثائق بما يطابق القواعد العامة والشروط التي حددها مجلس الإدارة.
- تحدد شروط الضمانات التي يغطيها الصندوق أو الواجب دفعها له وكيفية تنفيذها وتحقيقها².

ويتبين من خلال ما سبق أن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية يعد الهيئة الوحيدة التي لها مثل هذه السلطات وكذا الحرية التامة في تحديد شروط الضمانات وتنفيذها، وهذا خلافاً لصناديق التأمين التي تحدد قواعد تسييرها عن طريق التنظيم³.

كما حدد المشرع قائمة الأشخاص الذين لا يمكن أن يكونوا أعضاء في لجنة الضمان، والمتمثلين فيما يلي:

¹ - المادة (18) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 السالف الذكر

² - المادة (19) من نفس المرسوم.

³ - نسيمة موسى، المرجع السابق، ص 17.

- المتعاملون في التهيئة العقارية سواء كانوا أعضاء في الصندوق أو لم يكونوا أعضاء فيه.
- أولياء وأقارب المتعاملين في الترقية العقارية، أو أولياء وأقارب المنخرطين في الصندوق من الدرجة الرابعة من القرابة.
- القائمون بالإدارة وأعضاء هيئة التدبير أو مجلس المراقبة، أو أزواج القائمين بالإدارة وأعضاء هيئة التدبير أو مجلس مراقبة شركات الترقية العقارية، وأصولهم وفروعهم.
- الأشخاص أو أزواج الأشخاص الذين يتقاضون من المتعاملين في الترقية العقارية أجرا أو مرتبا مقابل أي نشاط كان¹.

كما تعتبر قرارات مجلس الضمان نهائية، إلا أنه يمكن لكل متعامل في الترقية العقارية غير راض بقرار مجلس الضمان أن يتقدم مرة ثانية أمام هذا المجلس طلبا مدعوما بكل المعلومات أو العناصر الإضافية التي من شأنها تغيير القرار الذي اتخذته هذه اللجنة².

وأخيرا بالنسبة للجمعية العامة لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية فإنها تتكون من كل المنخرطين في الصندوق ويرأسها أحد أعضائها، وتجتمع مرة واحدة في السنة على الأقل في دورة عادية، ويمكن أن تجتمع في دورة غير عادية بناء على اقتراح من رئيسها أو ثلثي 3/2 أعضائها.

ويحدد النظام الداخلي للصندوق القواعد التي تحكم العلاقات بين الجمعية العامة للمنخرطين وأجهزة تدبير الصندوق وإدارته³.

ومن مهام الجمعية العامة للصندوق ما يلي:

- تحدد شروط أهلية انتخاب ممثليها في مجلس إدارة الصندوق وتقوم بانتخابهم.
- تطلع على التقرير السنوي لنشاطات الصندوق الذي يعده مديره العام وتقدم لهذا الأخير ملاحظاتها.

¹ - المادة (21) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 السالف الذكر

² - المادة (22) من نفس المرسوم.

³ - المادة (23) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 السالف الذكر

- تبدي كل رأي أو اقتراح من شأنه أن يشجع تنمية الترقية العقارية، ويحسن قواعد تسيير الصندوق وإدارته ويحافظ على سمعة المهنة (المركي العقاري).
- تعيين محافظ الحسابات¹.

والملاحظ في مثل هذه المهام أن صلاحيات الجمعية العامة تتمثل خصوصاً في تنظيم العمل الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة وإدارته وتسييره، ويعتبر مجلس إدارة الصندوق بمثابة الهيئة التشريعية، أما لجنة الضمان فهي بمثابة الهيئة التنفيذية.

كما تتكون موارد الصندوق مما يأتي:

- حقوق الانخراط والاشتراك التي يدفعها المتعاملون في الترقية العقارية.
- الحقوق التي يدفعها المنخرطون بعنوان ضمان التسديدات التي يدفعها المشترون.
- الإيرادات المالية للودائع والتوظيفات.
- التحصيلات المالية الناجمة عن تحقيق تأمينات عينية للمنخرطين العاجزين عن الوفاء.
- الفوائد المستحقة على الدفعات المؤجلة.
- الهبات الوصايا.
- كل الموارد الأخرى المحتملة.

يمكن أن يلجأ الصندوق عند الحاجة إلى تسهيلات بنكية لتغطية حاجات الخزينة، ويمكن الاستفادة من هذه التسهيلات كلما دعت الحاجة، بناءً على طلب مجلس الإدارة وبموافقة صريحة من الخزينة العامة²، وتتكون نفقات الصندوق مما يلي:

- أعباء سير الصندوق والخدمات المنجزة لحسابه؛
- كل نفقة أخرى تدخل في إطار غرضه التعاوني³.

¹ - المادة (24) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406، السالف الذكر.

² - المادة (26) من نفس المرسوم.

³ - المادة (27) من نفس المرسوم.

ونستنتج مما سبق، أن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية يلعب دورا هاما في عملية ضمان حقوق المستفيدين من التسهيلات المالية التي دفعوها للمركبي العقاري وهذا طبقا للقانون رقم 11-04 السالف الذكر.

ومقارنة هذا الأخير بالمرسوم السابق الذي ألغاه، تظهر درجة وقوة الحماية القانونية المقررة باعتمادها على القانون بدلا من المرسوم، وزيادة للتوضيحات التي أتى بها هذا القانون سنة 2011 في مجال تسيير نشاط الترقية العقارية.

وتجدر الإشارة إلى غياب مثل هذه المؤسسة المالية المتمثلة في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في القانون الفرنسي، بل توجد مؤسسات مالية متعددة متمثلة في البنوك والتي تدعم النشاط الترقوي بمختلف الأساليب¹.

ثالثا: أهداف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

يهدف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة كما سبق ذكره إلى ضمان التسديدات التي يدفعها المشترون والتي تكتسي شكل تسبيق على الطلب إلى المتعاملين في الترقية العقارية على أساس عقد البيع على التصاميم، أو عقد حفظ الحق².

ويوضع هذا الصندوق تحت وصاية الوزير المكلف بالسكن ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، كما أن له طابعا تعاونيا ولا يسعى إلى تحقيق الربح³، مما يجعل منه وسيلة تستعملها الوصاية من أجل إضفاء الشفافية في التعاملات التجارية في مجال الترقية العقارية، كما يهدف هذا الصندوق إلى تقليص النزاعات الناتجة بين المرقبين العقاريين والمستفيدين من السكنات في طور الإنجاز.

كما يقوم هذا الصندوق بضمان القروض المصرفية الممنوحة من طرف المؤسسات المصرفية، وضمان كل أشكال التسديد في شكل تسبيقات عن الطلب الوارد من طرف زبائن

¹ - محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، قسم الشريعة، القاهرة، 1987، ص 393.

² - مرابط أحمد، إشكالية العقار الحضري (الإشكالية التي تثيرها الترقية العقارية)، التدخل الخاص في الملتقى الأول حول التوثيق، الجزائر يومي 16/17 أفريل 2002.

³ - المادة (02) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 السالف الذكر.

المؤسسات المصرفية، حيث يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام خاضع للقانون الخاص يمارس الترقية العقارية ولاسيما المرقى العقاري أن ينتسب إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة¹.

الفرع الثاني

المسؤولية القانونية تجاه أطراف الترقية العقارية

يضمن الصندوق حالة عدم قدرة المرقى العقاري على تسليم العقار محل الإنجاز أو عدم إمكانية المشتري للتسديدات المدفوعة على شكل دفع مسبق وهذا ما نصت عليه المادتين (57) و(58) من القانون رقم 11-04 السالف الذكر² وقد تختلف هذه الأسباب باختلاف الطبيعة القانونية لشخصية المرقى العقاري.

في هذه حالة المرقى العقاري كشخص طبيعي يضمن الصندوق للمشتري ما يلي:

- يحل محل المرقى العقاري في حال وفاته دون إكماله لمراحل الإنجاز المتبقية من طرف ورثته.
- في حال فقدانه بموجب حكم أو قرار قضائي أو وثيقة إدارية من جهة إدارية مختصة تثبت ذلك.
- وفي حالة اكتشاف احتياله ونصبه من قبل السلطة القضائية.

في حالة المرقى العقاري كشخص معنوي:

- إفلاس المرقى العقاري.
- تصفية الشركة مهما كانت أسبابها.
- إثبات مخالفة المرقى العقاري في حال تخلفه عن دفع قروضه.
- اكتشاف احتياله ونصبه من قبل السلطة القضائية.

حالات عدم ضمان الصندوق للمشتري:

¹ - المادة (55) من القانون رقم 11-04 السالف الذكر

² - المادتين (57) و(58) من القانون رقم 11-04 سالف الذكر.

لا يمكن أن يطلب من الصندوق ضمان ما يلي:

- ضمان حسن الإنجاز لأن هذا يتضمنه تأمين خاص وهو الضمان المؤي للحدث بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09.
- التأخر في تسليم البناء المنجز لفائدة المقتني.
- الثمن أو الزيادة فيه في حالة المراجعة.
- الغرامات المالية بمختلف أنواعها مهما كانت طبيعتها.
- كل التعويضات الاتفاقية والقضائية¹.

" إن الانضمام إلى الصندوق الذي يخول للمتعاقل في الترقية العقارية صفة المتعاقل يصبح فعليا بمجرد أن يوقع هذا الأخير على النظام الداخلي ويسدد حقوق الانضمام والاشتراكات..." ومنه يتضح أن الانضمام أو الانخراط في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية هو مسألة اختيارية تترتب عليها بعض المزايا لصالح المتعاقل في الترقية العقارية المنخرط منها اكتسابه صفة المتعاقل إلى جانب مزايا أخرى².

وبالتالي فالمشرع قد أخطأ في صياغة نص المادة (2/03) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 وكان يفترض أن يكون صياغتها بالشكل التالي " وبهذه الصفة يتعين على المتعاقل في الترقية العقارية أن يكتتب لدى الصندوق تأميناً على المشروع المتضمن الملك موضوع البيع..." وبهذا يؤكد إجبارية اكتتاب التأمين في نص المادة (03) واختيارية الانخراط في نص المادة (04) منه إلا أنه وبالرغم من إلزامية التأمين لدى صندوق الضمان إلا أنه أنشئ في سنة 1997 وتم تنصيبه إلا في سنة 2000 أين بدأ العمل، والسؤال المطروح هو ما مصير عقود بيع بناء على التصاميم قبل تاريخ بدأ الصندوق في العمل؟ وكيف كان يتم إبرامها أمام إلزامية التأمين من جهة وعدم الوجود الفعلي للصندوق في تلك الفترة؟

والجواب كان في نص المادة (138) من المرسوم التشريعي رقم 93-18³، حيث ورد فيه ما يلي " عندما يصبح تدخل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة المشتركة إجبارياً بموجب أحكام

¹ - قني سعية، المرجع السابق، ص 119.

² - المادة (07) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406، سالف الذكر.

³ - المادة (138) من المرسوم التشريعي رقم 93-18 سالف الذكر.

تشريعية يمكن أن يعوضه ضمان من النوع ذاته تمنحه شركات التأمين و/أو البنوك في انتظار إنشاء الصندوق المعني فعلاً".

فهذا النص يمنح للبنوك وشركات التأمين منح شهادة ضمان بدلا عن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة إلى حين تنصيبه، إلا أن هذا الحل لم يقدم عليه إلا القليل من المتعاملين في الترقية العقارية مما ضيع وقتا معتبرا من تطور نشاط الترقية العقارية.

وبعد دراسة هذا الطلب من الصندوق يسترد ما دفعه ويمضي على إيصال ذلك وكل نزاع بين المرقى العقاري والمشتري والصندوق يكون محل تسوية ودية أو تحكيم أو منازعة قضائية ليعود الاختصاص للمحاكم العادية مكان تواجد العقار محل النزاع حيث جاء في نص المادة (671) من القانون المدني على أنه " إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين..."¹

أما بعد وضع الأساسيات يلتزم الصندوق بضمان إتمام الإنجاز طبقا لحالات الضمان المحددة بموجب القانون رقم 04-11 السالف الذكر، غير أن الشروط العامة المعمول بها لسنة 2014 لم تفصل في هذا الضمان، وضمان عملية الإنجاز لا تغني عن التزام المرقى العقاري بتعهد بتمويل كامل مراحل الإنجاز، واختيار العقد المبرم له دور في تحديد طرق التمويل.²

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية

نجد أن المرسوم التنفيذي رقم 97-406³ نص في المادة (2/02) منه على أن " الصندوق طابع تعاوني ولا يسعى لتحقيق الربح وهو هيئة تأمين تحقق حماية للمشتري لقاء التسبيقات التي يدفعها " . وطالما أن المرسوم نص على أنه لا يسعى لتحقيق الربح ونحن نعرف أن الأعمال التجارية تهدف إلى تحقيق الربح سواء كانت أعمالاً تجارية موضوعية شكلية

¹ - المادة (671) من القانون المدني الجزائري.

² - علاء حسين علي، عقد البيع تحت الإنشاء، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، الأردن، 2011، ص - ص 187 - 188.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 97-406، السالف الذكر

أو تبعية لكن الأعمال التي يقوم بها الصندوق تكتسي طابع مدني وليس تجاري وعليه سوف نتطرق إلى في (الفرع الأول) اكتتاب التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في مجال الترقية العقارية، وفي (الفرع الثاني) دور الصندوق في مجال عقد حفظ الحق.

الفرع الأول

اكتتاب التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في مجال الترقية العقارية

يقوم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية بضمان التسديدات التي يدفعها المشترون - والتي تكتسي تسبيق على الطلب - إلى المتعاملين في الترقية العقارية على أساس عقد بيع بناء على التصاميم لذلك يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يكتب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية تأمينا على المشروع المتضمن الملك موضوع البيع بناء على التصاميم¹.

ولقد سبق أن أوجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 السالف الذكر في نص المادة (11)² منه على المتعامل في الترقية العقارية أن يكتب تأمينا إجباريا لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية مع إلزامه إرفاق شهادة الضمان بعقد بيع بناء على التصاميم³.

غير أن الملاحظ أن المشرع في المادة (2/03) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية نص في ما يلي "وبهذه الصفة يتعين على المتعامل في الترقية العقارية المنخرط في الصندوق أن يكتب لدى هذا الأخير تأمينا على المشروع المتضمن الملك موضوع البيع" فالإلزامية اكتتاب التأمين حسب نص المادة (2/03) من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 تقع فقط على المتعاملين المنخرطين في الصندوق فقط، والانخراط في الصندوق هو أمر اختياري بالنسبة للمتعامل، حيث أن المشرع استخدم في نص المادة (1/04) من المرسوم التنفيذي المذكور آنفا عبارة " يمكن "

¹ - المادة (03) من المرسوم التنفيذي رقم 97 - 406، سالف الذكر.

² - المادة (11) من المرسوم التشريعي رقم 93 - 03. السالف الذكر

³ - الملحق رقم (03) من مذكرة تضمن نموذج شهادة ضمان مكتوبة لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية والشروط العامة.

ونفس الشيء بالنسبة لنص المادة (131) من قانون المالية لسنة 1993 حيث استخدم العبارة التالية " يمكن أن ينخرط في الصندوق كل شخص..." مع أن المادة (11) من المرسوم التشريعي رقم 93-03 السالف الذكر تنص على " يتعين على المتعامل في الترقية العقارية في عمليات بيع بناء على التصاميم أن يغطي التزاماته بتأمين إجباري يكتتبه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة المنصوص عليها في التشريع المعمول... " فهذا نص يلزم المتعامل في الترقية العقارية باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية إذا كان بصدد عقد بيع بناء على التصاميم بغض النظر عن انخراطه أو عدم انخراطه.

ويقع على المرقى العقاري تقديم طلب موقع من قبله مرفق بملف يتضمن القانون الأساسي للشركة والمحددة لنوعها وشخصيتها إذا كان المرقى العقاري شخصا معنويا، أو شهادة السوابق العدلية إذا كان شخصا طبيعيا، إضافة إلى نسخة من السجل التجاري، نسخة من عقد البيع على التصاميم ما يثبت ميزانيته خلال ثلاث سنوات الأخيرة، وبالنسبة للشركات المنشأة منذ أقل من ثلاث سنوات فإنها تقدم ميزانيته منذ تاريخ إنشائها، تقديم تصاميم الإنجاز المبرمجة والمتفق عليها مرفقة بنسخة من رخصة البناء المصادق عليها ونسخة من ملكية الأرض محل الإنجاز مصادق عليها وأخيرا شهادة تثبت دفع كل المستحقات الضريبية وصندوق الضمان الاجتماعي¹، ويمكن إضافة وثائق أخرى قد يتطلبها الصندوق تتعلق بالصفة، كما يلتزم المرقى العقاري بإعلام الصندوق كل ثلاث (3) أشهر بتطور مراحل الإنجاز في نسختين موقعتين من طرف المرقى العقاري.

والصندوق بصفته المؤمن له الحق في المراقبة دون سابق إعلام، وكل رفض لهذه الرقابة يعرض المرقى العقاري لزيادة في قسط التأمين، وتنتقل المصلحة إلى مكان تواجد الأشغال لتتحقق ميدانيا من مدى مطابقة الواقع بجدول التصريحات المقدم من طرف البائع، فإذا لاحظت أن الواقع مخالف للتصريح المقدم، مثلا ثبت أن الأشغال تقدمت بنسبة 20% غير أنه صرح بأنها تقدمت بنسبة 40% ومع هذا المشتري دفع ثلاث أقساط بمعنى أنه 60% فإن الصندوق في هذه الحالة يستدعي المشتري ويعلمه بحقيقة ووضعية تطور الأشغال حتى لا يقوم بدفع باقي الأقساط، فإن دفع هو أكثر بالرغم من اعذاره فإن الصندوق لا يضمن له هذا الحق،

¹ - المادة (12) من الشروط العامة للضمان المحدد من قبل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

ومن حق المشتري طلب تعويضه الدفعات المقدمة للمرقي العقاري إذا أثبت أحد الأسباب الموجبة لضمان قبل وضع الأساسيات، والمبالغ المدفوعة بواسطة وصولات أو شيكات وفقا لما هو محدد قانونا في العقد¹.

- كل ضرر وفاته الكسب متسبب فيه المرقي العقاري للمقتني مهما كان سببه، وهذا الاستثناء مستحدث بعد تعديل الشروط العامة.
- التعويض عن الكوارث الطبيعية، كون لها تأمين مستقل بها².
- الحريق والإنفجارات والأخطار المهنية الناتجة عن أشغال البناء، والمؤمن عليها طبقا للمادتين (175) و(176) من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات.
- حالة فسخ عقد البيع على التصاميم.

وعليه فإن كل هذه الحالات تخرج من مسؤولية الصندوق ويتحمل هذه الأخطار كل من البائع والمشتري بضمانها بطرق أخرى، باكتتاب تأمين لدى شركات التأمين المختلفة على المسؤولية المئوية، وعلى جميع أخطار أشغال البناء (Tous risques Chantier) وعلى الكوارث الطبيعية، والحريق، وعلى المسؤولية العشرية...إلخ.

أما في ما يخص الأخطار التي يضمنها الصندوق فإن مدة الضمان تبدأ من أول دفع مسبق من طرف المشتري كجزء من الثمن المحدد في العقد إلى غاية تحرير محضر بالتسليم المثبت لحيازة المبنى والانتفاع منه، الذي يثبت حيازة المشتري للعقار محل الإنجاز، حسب ما تقضي به المادة (34) في الفقرة الخيرة من القانون رقم 11-04 السالف الذكر³ وكل تأجيل في مدة الإنجاز يجب إعلام الصندوق به ليكن على دراية بمراحل تطور الإنجاز، كما أنه يزيد من قسط التأمين لكل تجاوز بقدر 10% من مدة الإنجاز المحددة في العقد وعدم دفع هذا القسط يعرض المرقي العقاري بدفع غرامة مالية للصندوق تقدر بـ 100% من الزيادة في قسط التأمين تضاف إلى القسط الواجب دفعه عملا بنص المادة (10) من الشروط العامة للصندوق

¹ - المادة (17) من الشروط العامة للضمان المحدد من قبل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

² - المادة (01) والمادة (04) من الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا، ج.ر، العدد 52، الصادرة في 2003/08/27.

³ - المادة (34) من القانون رقم 11-04 السالف الذكر.

يضمن المبالغ المدفوعة من قبل المشتري أثناء مراحل الإنجاز إلى غاية توقيع محضر الحياة وهو لا يضمن التسبيقات المدفوعة خلافا لوقت استحقاقها عملا بنص المادة (08)¹ من نفس الشروط.

الفرع الثاني

دور الصندوق في مجال عقد حفظ الحق

يقتصر دور الصندوق في عقد حفظ الحق على اعتباره هيئة ضمان فقط، فقد نصت المادة (02/27) من القانون رقم 04-11 السالف الذكر على " يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة (56)² من القانون رقم 04-11" السالف الذكر.

ويتم تحديد مبلغ التسبيق بموجب المادة (52) من القانون رقم 04-11 بنسبة لا تتجاوز 20% من السعر التقديري للعقار حسب ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين، كما أشار المرسوم رقم 14-180³ في المادة (03) منه أنه من أهداف الصندوق ضمان متابعة وتسيير الحسابات التي تسجل التسبيقات المدفوعة من أصحاب عقد حفظ الحق.

وبالتالي يختلف دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم عن دوره في إطار عقد حفظ الحق، ذلك أنه في العقد الأول يقوم المشتري بدفع تسبيقات إلى المرقى العقاري بالموازاة مع تقدم الأشغال.

ويعد الصندوق بمثابة كفيل شخصي⁴، وقد نظم المرسوم التنفيذي رقم 14 - 181 السالف الذكر كيفية حلول الصندوق محل مقتنين الأملاك العقارية في عقد البيع على التصاميم، إلا أن المشرع لم يبين لنا كيفية الضمان أمام هذا الصندوق في عقد حفظ الحق، وما يمكن استنتاجه من المادة (54)⁵ من القانون رقم 04 - 11 السالف الذكر، حيث أن الصندوق

¹ - المادة (04) من الشروط العامة للضمان المحددة من قبل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

² - المادة (56) من القانون رقم 04-11 السالف الذكر.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 14-180 سالف الذكر.

⁴ - خالد رامول، المرجع السابق، ص 304.

⁵ - المادة (54) من القانون رقم 04 - 11، سالف الذكر.

يضمن التسديدات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات إلى المرقى العقاري، في حين أن صاحب حفظ الحق يودع مبلغ الضمان في الصندوق بنسبة 20% من المبلغ الإجمالي للبناء المقرر إنشاؤها، ويتفاد من ذلك أن هذا المبلغ لا يمنح للمرقى العقاري باعتباره طرف في عقد حفظ الحق وملزم بالقيام بمشروع البناء، وبالتالي لا يمكن للمرقى العقاري التصرف فيه، وهو ما يسمح له الاستفادة من القروض لتمويل مشروعه في حين يمنع عليه ذلك في عقد البيع على التصاميم¹.

وعليه يمكن اعتبار أن إيداع مبلغ الضمان في صندوق الضمان كأداة ائتمان لصاحب حفظ الحق وفيه يرتبط المرقى العقاري بالتزاماته إلى غاية إبرام العقد النهائي، وفي حالة الإخلال بها يسترجع صاحب حفظ الحق مبلغ الضمان².

كما نلاحظ أن صندوق الضمان لا يضمن إتمام إنجاز البناءات في حدود الأول المدفوعة من طرف المشتري للمرقى العقاري أي في عقد البيع على التصاميم، وهذا ما كرسه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 14 - 181 السالف الذكر، حيث نظم شروط حلول الصندوق محل المقتنين الذين وقعوا عقد البيع على التصاميم وكيفيات ذلك حسب المادة الأولى من نفس المرسوم.

وعليه وفي انتظار صدور مراسيم تنظيمية تبين كيفية تدخل صندوق الضمان في عقد حفظ الحق، ويبقى دوره في هذا الإطار يتمثل في حجز مبلغ الضمان الذي يدفعه صاحب حفظ الحق كتسبيق بالمقابل يحجر المرقى العقاري البناء المقرر إنشاؤها، وكل ذلك تحضيراً للعقد النهائي، وحماية لصاحب حفظ الحق الذي لا يقدم على الشراء إلا عند التحقق من أن المرقى العقاري قام بكل التزاماته من جهة وفي حالة الإخلال بها يسترجع مبلغ الضمان.

¹ - تنص المادة (30) من القانون رقم 11 - 04 على أنه " لا يمكن إبرام عقد البيع على التصاميم المنصوص عليه في المادة (28) أعلاه عندما يلجأ المرقى العقاري لاستعمال قروض تخصص لتمويل البناء ".

² - آسيا دوة، المرجع السابق، ص 129.

خلاصة الفصل الثاني

خلاصة القول أن عقد حفظ الحق يلتزم البائع بالإضافة إلى الالتزامات العامة المعروفة، وهي: (نقل الملكية) هناك الالتزامات جديدة، وهذا نظرا للخصوصية التي يتميز بها هذا النوع من العقود، وهي: الالتزام بتحرير عقد البيع النهائي حيث على المرقى العقاري القيام بتحرير العقد النهائي، وذلك بعد أن يقوم صاحب حفظ الحق بتسديد بقية ثمن العقار، وهذا طبقا لنص المادة (33) من القانون رقم 04-11، بالإضافة إلى الالتزام بمواصلة الإنجاز والمطابقة، وهو ما نصت عليه المادة (17) من القانون رقم 04-11، كذلك على المرقى العقاري الالتزام بتخصيص العقار لصاحب حفظ الحق، بمعنى أنه يمنع على المرقى العقاري القيام بأي تصرف دون ذلك (بيعه أو استجاره).

أما بالنسبة لالتزامات صاحب حفظ الحق ويتمثل أهم التزام يقع على عاتقه هو دفع تسبيق نقدي طبقا لنص المادة (52) من القانون رقم 04-11، كذلك الالتزام الأخير الذي ينقل الملكية العقارية وهو الالتزام بتسديد بقية الثمن، وهو ما نصت عليه المادة (31) من القانون رقم 04-11.

وفي حالة إخلال أحد الطرفين بالتزاماته يترتب على ذلك إما فسخ العقد طبقا لنص المادة (32) من القانون رقم 04-11، أو التعويض وهو ما نصت عليه المادة (174) من القانون المدني، بالإضافة إلى جزاءات جزائية الواردة في القانون رقم 04-11، كما سبق كذلك القول أن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة له دور أساسي في تطوير نشاط الترقية العقارية باعتباره هيئة ضمان ومراقبة المشاريع، وذلك طبقا لنص المادة (121) من القانون رقم 89-26 المتضمن قانون المالية لسنة 1990.

حيث يهدف هذا الصندوق إلى ضمان التسديدات التي يدفعها المشترون، والتي تكمن في تسبيق على طلب إلى المتعاملين في الترقية العقارية، ويجيز هذا الصندوق لأعلى متعامل في الترقية العقارية الانخراط فيه وأن يكتب هذا الأخير تأمينا على المشروع، وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-103 في المادة (11) منه، وهو بعبارة أخرى كفيل عيني للمشتري فيما يخص ديونه على المتعامل في الترقية العقارية، وهذا بموجب المادة (54) من القانون رقم 04-11، حيث يتدخل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في إطار عقد حفظ الحق كهيئة ضامن، وذلك طبقا لنص المادة (2/27) من القانون رقم 04-11،

ويتم تحديد مبلغ التسبيق بموجب نص المادة (52) من القانون رقم 11-04 بنسبة لا تتجاوز 20% من السعر التقديري للعقار المتفق عليه.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع عقد حفظ الحق اتضح لنا جليا مدى اهتمام المشرع وحرصه على سن نصوص قانونية تتلاءم مع التحولات الجذرية التي تعرضت لها الجزائر.

فيعتبر عقد حفظ الحق صيغة مهمة في مجال الترقية العقارية وهذا راجع إلى أن العقد يحقق أمن ومصالح الأطراف المتعاقدة، حيث نظمه المشرع الجزائري في القانون رقم 04-11، ولقد تطرقنا في محاور دراستنا هذه إلى خصوصية هذا العقد واكتشفنا أن المشرع عمل جاهدا لتنظيم هذا العقد في قوانين خاصة من خلال ما تطرق إليه في القانون رقم 07-86 المتعلق بالترقية العقارية، وألغاه بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري حتى أنه أصبح يعول عليه كثيرا وهذا بناء على ما جاءت به المادة (36) من القانون رقم 04-11.

وبحث يتبين لنا عدة جوانب إيجابية ومنها سلبية، فأما الإيجابية فتتمثل في أهمية هذا العقد بمفهومه الأصح في مجال الترقية العقارية وما له من دور في تخفيف أزمة السكن وتكوير قطاع السكن، حيث يمكن العقد المشتري من إطلاع على مشروع البناء وإمكانية تحديد المواصفات التي تطمح أن تتوفر في العقار المراد تملكه خاصة أن المشرع خصّ عقد حفظ الحق بالعقارات ذات الاستعمال السكني أو المهني وهذا ما تم استنتاجه من المرسوم التنفيذي رقم 13 - 431 السالف الذكر، وعليه فإن عقد حفظ الحق يعكس دور أساسي بالنسبة للمشتري. فهو يلتزم بالصفة النهائية بالعقد إلى حين التأكد من جدية المشروع ومدى تنفيذ المرقى العقاري لالتزاماته المتفق عليها، بالإضافة إلى ذلك أصبح عقد حفظ الحق يعول عليه كثيرا خصوصا بعد منع المرقين العقاريين من إبرام عقود البيع على التصاميم عندما يلجئون إلى استعمال قروض تخصص لتمويل البناء طبقا لنص المادة (36) من القانون 04-11 المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بمفهوم المخالفة يمكن للمرقى العقاري اللجوء إلى استعمال قروض لتويل البناء في حال ما اتبع صيغة عقد حفظ الحق لتمويل مشروعه وبذلك يستفيد من القروض العقارية، كذلك أنه إذا كان المشروع غير مطابق لما جاء في العقد فإن ذلك إمكانية فسخه من طرف صاحب حفظ الحق.

ومن هنا توصلنا في إلى عدة نتائج أهمها:

- أن عقد حفظ الحق يتميز بخصوصية كونه يرتب التزامات بين الأطراف المتعاقدة.

- أن عقد حفظ الحق مكتوب ولا بد أن يفرغ هذا العقد في الشكل الرسمي له لأنه متعلق بملكية عقار.

- يجب على صاحب حفظ الحق أن يدفع مبلغ ضمان في حساب يفتح باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة باعتباره آلية جديدة لتطوير نشاط الترقية العقارية.

- أن عقد حفظ الحق بصفة عامة يعمل على التقليل والمساهمة في الحد من أزمة السكن الخانقة، وبالتالي يمكن فتح المجال أمام المرقى العقاري في أن يبيع العقار محل عقد حفظ الحق إلى صاحب الحق بأن يدفع أكثر من الثمن الذي دفعه المشتري الأول صاحب حفظ الحق لتقادي التزام بين المشتريين.

وفي ختام هذه الدراسة توصلنا إلى عدة توصيات حول أهمية عقد حفظ الحق في تطوير نشاط الترقية العقارية ومدى فعاليته في تسهيل عمليات البيع في مجال الترقية العقارية نجملها فيما يلي:

- تشجيع صاحب حفظ الحق على إبرام مثل هذه العقود لأنها أصبحت تقنية جديدة تسهل انتقال الملكية العقارية.

- يجب على المشرع الجزائري أن يراعي الحالة الاجتماعية لصاحب حفظ الحق بخصوص دفع الثمن بالتقسيط، حيث نقترح أن يدفع ثمن التسبيق عند إبرام العقد النهائي وشهره وذلك مراعاةً لظروف صاحب حفظ الحق.

- يجب على المشرع الجزائري توفير الحماية القانونية لصاحب حفظ الحق خلال مرحلة الإنجاز، وذلك من خلال تحديد دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد حفظ الحق بدقة، حيث أنه لم يتطرق إلى دور هذا الأخير في نص صريح.

- يجب على المشرع الجزائري أن يبين ما مصير مبلغ التسبيق في حالة وفاة صاحب حفظ الحق أثناء مرحلة الإنجاز، هل ينتقل للورثة أم لا؟

وفي الأخير يمكن القول أن عقد حفظ الحق أصبح ذو أهمية كبيرة في مجال الترقية العقارية وذلك من خلال التقليل والتقليص من أزمة السكن بالإضافة إلى أنه يسهل على المقتني من امتلاك العقار محل الإنجاز، وبالتالي فقد نجح المشرع الجزائري بنص مثل هذه العقود في الترقية العقارية بهدف تطوير والنهوض بنشاط السوق العقارية.

الملاحق

المحقق رقم

01

المحقق رقم

02

المحقق رقم

03

قائمة المصادر

والمراجع

أولاً: المصادر

- القوانين:

- 1- القانون رقم 86-07 المؤرخ في 1986/03/04، المتعلق بنشاط الترقية العقارية، الملغى بالمرسوم رقم 93-03، ج.ر، العدد 10، المؤرخة في 1986/05/03.
- 2- القانون رقم 90-29، المؤرخ في 1990/12/01، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر، المؤرخة في 1990/12/02، العدد 52.
- 3- القانون رقم 91-25 المؤرخ في 1991/12/18 المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج.ر، المؤرخة في 1991/12/18، العدد 65.
- 4- القانون رقم 11-04 المؤرخ في 2011/02/17 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر، العدد 44.

- الأوامر:

- 1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 78، المؤرخ بتاريخ 1975/09/30.
- 2- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري، ج.ر، المؤرخة في 1975/11/18، العدد 62.
- 3- الأمر رقم 76-105، المؤرخ في 1976/02/09، المتضمن قانون التسجيل، ج.ر، المؤرخة في 1977/12/18، العدد 81.
- 4- الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا، ج.ر، العدد 52، الصادرة في 2003/08/27.

- المراسيم التشريعية:

- 1- المرسوم التشريعي رقم 93-01 المؤرخ في 1993/01/19 المتضمن قانون المالية لسنة 1993، ج.ر، العدد 4، المؤرخة في 1993/01/20.
- 2- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1993/03/01، المتعلق بنشاط الترقية العقارية، الملغى بالقانون رقم 11-04، ج.ر، المؤرخة في 1993/03/03، العدد 14.

3- المرسوم التشريعي رقم 93-18 المؤرخ في 19/12/1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994، ج.ر، العدد 88، المؤرخة في 30/12/1993.

- المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 28/05/1991، المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة تقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم والتسليم، ج.ر، المؤرخة في 01/06/1991، العدد 26.

2- المرسوم التنفيذي رقم 97-406، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، المؤرخ في 03/11/1997، ج.ر، المؤرخة في 05/11/1997، العدد 73.

3- المرسوم التنفيذي رقم 14-180 المؤرخ في 05 يونيو المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 03/11/1997 والمتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

4- المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 03/11/1997 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة التبادلة في الترقية العقارية، ج.ر، العدد 7، المؤرخة في 15/11/1997.

5- المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد التزامات ومسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، المؤرخ في 20/02/2012، ج.ر، المؤرخة في 26/02/2012، العدد 11.

6- المرسوم التنفيذي رقم 13-431، المؤرخ في 18/12/2013، المتضمن نموذج عقد حفظ الحق، ج.ر، المؤرخة في 25/12/2013، العدد 66.

المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25/01/2015، الذي يحدد كيفيات التحضير لعقود التعمير وتسليمها، ج.ر، المؤرخة في 12/02/2015، العدد 07.

ثانيا: المراجع

1- الكتب:

- 1- أنور سلطان، العقود المسماة شرع عقدي البيع والمقايضة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 2- إقلولي ولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري أهداف حضرية ووسائل قانونية، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 3- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة.
- 4- بوسته إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية، دون طبعة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 5- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومه للطباعة والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، 2009.
- 6- حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 7- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الالتزام)، ج1، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
- 8- دريدري شنتي، الدليل القانوني والإداري للوكيل العقاري، دون طبعة، دار جيطلي للنشر، برج بوعريريج، الجزائر، 2012.
- 9- سليمان بوذياب، مبادئ القانون المدني، الطبعة الأولى، المجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.
- 10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي تقع على الملكية، البيع)، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون طبعة، دون سنة.
- 11- عبد الحكيم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1992.

- 12- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون الجزائري-، طبعة 5، دون دار نشر، الجزائر، 2003.
- 13- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع العقود التي تقع على ملكية البيع والمقايضة، دون طبعة، دار ومنشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004.
- 14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نسخة Mrgodo، 2008/2007.
- 15- علاء حسين علي، عقد البيع تحت الإنشاء، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، الأردن، 2011.
- 16- عيسى مهزول، صلاحيات المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، الطبعة الأولى، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 17- فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة - الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، دون سنة.
- 18- لحسين بن الشيخ آث ملوكا، المنتقى في عقد البيع - دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة-، الطبعة الثالثة، دار هومه للنشر والتوزيع، (دون سنة نشر).
- 19- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، دون طبعة، دار الكتاب الجزائري، 2003.
- 20- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 21- محمد عبد الله أبو هزيم، أحكام الثمن في عقد البيع وفق أحكام التشريع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2006.
- 22- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2008.
- 23- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (عقد البيع)، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، مصر، (دون سنة نشر).

3- البحوث العلمية:

1- رسائل الدكتوراه:

- 1- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، قسم الشريعة، القاهرة، 1987.
- 2- نسيم موسى، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية - عقد بيع العقار في طور الإنجاز -، أطروحة دكتوراه في العلوم، فرع قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016/2015.

2- رسائل الماجستير:

- 1- بن عيسى محمد، المسؤولية الجزائية للمرقي العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017/2016، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017/2016.
- 2- بن حمام نجية، عقد حفظ الحق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2015.
- 3- بوجنان نسيم، عقد بيع بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009/2008.
- 4- عربي بايزيد، النظام القانوني للترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2009.
- 5- علال قاشي، التزامات المرقي العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2015.
- 6- قان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الدراسية 2012/2011.
- 7- لعويجي عبد الله، قرارات التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الدراسية 2012/2011.
- 8- نادية منصوري، الترقية العقارية الخاصة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الموسم الجامعي 2002/2001.

3 - مذكرات الماستر:

- 1- بلخير حليمي، دور قواعد التهيئة والتعمير في حماية البيئة، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، السنة الدراسية 2012.
- 2- حميداتو خديجة، منازعات الدفتر العقاري، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق، جامعة ورقلة ، سنة دراسية 2013/2012.
- 3- شريفة قيدوس، آليات الرقابة في قانون التهيئة والتعمير، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، السنة الدراسية 2015/2014.
- 4- مديحة خنوفة، الضمانات القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014.

- * شروقي محترف، البناء الفوضوي في الجزائر (من وجهة نظر قانونية)، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005 - 2008.
- * جريب أم الحسن، محاضرات في الترقية العقارية (البيع على التصاميم لصفة خاصة)، موحدة لطلبة القضاة، السنة الثالثة، الجزائر، 2004.

- المقالات العلمية:

- 1- أحمد إبراهيم الحياوي، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء، مجلة الحقوق، العدد الرابع، الكويت، 2009.
- 2- خالد رامول، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مجلة مفكر، العدد الخامس، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة. بدون سنة
- 3- عزري الزين، إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري، مجلة مفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة. بدون سنة

- الملتقيات العلمية:

- 1- آسيا دوة، مداخلة بعنوان " عقد حفظ الحق " ، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر " الواقع والآفاق"، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و 28 /02/ 2012.
- 2- وزارة عواطف، التزامات المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم وفقا للقانون 04/11، الملتقى الوطني حول: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 18/17 فيفري 2013، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- 3- عبد الوهاب لونيس، تأملات حول الضمان في نشاط الترقية العقارية، يوم دراسي نظم بتاريخ 28/04/2016، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد.
- 4- قني سعدية، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، يومي 17 و 18 فيفري 2013.
- 5- مرابط أحمد، إشكالية العقار الحضري (الإشكالية التي تثيرها الترقية العقارية)، التدخل الخاص في الملتقى الأول حول التوثيق، يومي 16/17 أبريل 2002.

- المجلات القضائية:

- 1- المحكمة العليا، القرار رقم 68467، المؤرخ في 21/10/1990، الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية، المجلة القضائية، 1992، العدد 1.
- 2- المحكمة العليا، القرار رقم 154760، المؤرخ في 17/04/1996، الصادر عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، 1996، العدد 1.
- 3- المحكمة العليا، القرار رقم 372339، المؤرخ في 20/06/2007، الصادر عن الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 2.
- 4- المحكمة العليا، قرار رقم 436937، المؤرخ في 21/05/2008، الصادر عن الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 2.
- 5- المحكمة العليا، القرار رقم 516800، المؤرخ في 08/04/2009، الصادر عن الغرفة العقارية، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد 2.

الفهرس

	الإهداء
	الشكر والعرفان
	قائمة المختصرات
أ - د	مقدمة
07	الفصل الأول: تكوين عقد حفظ الحق
09	المبحث الأول: الإطار المفاهيمي عقد حفظ الحق
09	المطلب الأول: مفهوم عقد حفظ الحق
10	الفرع الأول: تعريف عقد حفظ الحق
12	الفرع الثاني: خصائص عقد حفظ الحق
14	الفرع الثالث: تمييز عقد حفظ الحق عن بقية العقود المشابهة له
21	المطلب الثاني: خصوصية أحكام عقد حفظ الحق
22	الفرع الأول: من حيث أطراف العقد
25	الفرع الثاني: من حيث ارتباطه بالترقية العقارية
29	المبحث الثاني: أركان عقد حفظ الحق
29	المطلب الأول: الأركان الموضوعية لعقد حفظ الحق
29	الفرع الأول: التراضي
33	الفرع الثاني: المحل
36	الفرع الثالث: السبب
38	المطلب الثاني: الأركان الشكلية للعقد
38	الفرع الأول: شكلية العقد
41	الفرع الثاني: الإجراءات الشكلية السابقة لإنعقاد العقد
48	الفرع الثالث: الإجراءات الشكلية اللاحقة لإنعقاد العقد
52	الفصل الثاني: آثار عقد حفظ الحق والهيئة الضامنة له
54	المبحث الأول: التزامات طرفي عقد حفظ الحق
55	المطلب الأول: التزامات المرقى العقاري في عقد حفظ الحق

55	الفرع الأول: الالتزام بتحرير عقد البيع النهائي
57	الفرع الثاني: الالتزام بمواصلة الإنجاز والمطابقة
62	الفرع الثالث: تخصيص العقار لصاحب حفظ الحق
63	المطلب الثاني: التزامات صاحب حفظ الحق وجزاء الإخلال بالالتزامات
64	الفرع الأول: التزامات صاحب حفظ الحق
67	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزامات
72	المبحث الثاني: صندوق الضمان والكفالة المتبادلة كأداة لتطوير نشاط الترقية العقارية
72	المطلب الأول: نشأة صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
73	الفرع الأول: مفهوم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
83	الفرع الثاني: المسؤولية القانونية تجاه أطراف الترقية العقارية
83	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية
84	الفرع الأول: اكتتاب التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية
87	الفرع الثاني: دور الصندوق في مجال عقد حفظ الحق
93 - 91	الخاتمة
108 - 94	الملاحق
116 - 109	قائمة المراجع
119- 117	الفهرس