

قراءة في التنظيم القانوني لعقد حفظ الحق Reading In The Legal Regulation Of The right preservation contract

د. تواتي سهيلة *

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة المدية (الجزائر)

touati.souhila@univ-medea.dz

تاريخ إرسال المقال: 2022-07-20 تاريخ قبول المقال: 2022-11-14 تاريخ نشر المقال: 2023-01-31

المخلص: نظم المشرع في القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية تقنيات بيع الأملاك العقارية، وقد أعطى أهمية كبيرة لبيع العقار وهو في طور الإنجاز والذي يكون إما عن طريق عقد البيع على التصاميم أو عن طريق عقد حفظ الحق، حيث يعتبر هذا الأخير عقد تمهيدي يسبق إبرام العقد النهائي، ورغم المزايا التي يمنحها هذا العقد لكلا الطرفين حيث يسمح للمرقي العقاري بتخصيص البناءات من أجل بيعها بعد إتمام إنجازها، وفي المقابل يمنح لصاحب حفظ الحق فرصة الاختيار بناء على ظروف إنجاز المشروع العقاري، إلا أنه لم يتم العمل به من الناحية العملية، الأمر الذي دفعنا إلى البحث في التنظيم القانوني لهذا العقد من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة به لتحديد خصائصه وطبيعته القانونية وكذا الآثار القانونية المترتبة عليه.

الكلمات المفتاحية: عقد حفظ الحق، عقد تمهيدي، تخصيص، فسخ، عقد البيع النهائي.

Abstract: The legislator, in Law No. 11-04, which defines the rules regulating the activity of real estate promotion, regulated the techniques of selling real estate. It gave great importance to selling real estate while it is in the process of being completed, which is either through a contract of sale on designs or through a right preservation contract. The latter is considered an preliminary contract that precedes the conclusion of the final contract. The preservation act grants advantages both parties as it allows the real estate promoter to allocate buildings for sale after completion, and in return, the holder of the preservation right is granted the possibility to choose based on the conditions of the real estate project completion. However, it has not been implemented in fact, which prompted us to research the legal organization of this contract by analyzing the legal texts related to it to determine its characteristics and legal nature as well as the legal implications of it.

Key words: RIGHT PRESERVATION CONTRACT, PRELIMINARY CONTRACT ,ALLOCATION, TERMINATION , FINAL SALE CONTRACT

*المؤلف المرسل

1- المقدمة:

يعتبر السكن من الحاجات الأساسية للأفراد، كما يعتبر من أهم عوامل النمو والاستقرار الاقتصادي والسياسي والاجتماعي للدول، لذا أولت الدولة الجزائرية بعد الاستقلال اهتماما كبيرا بهذا القطاع، حيث تولت تمويل وإنجاز المشاريع السكنية عن طريق المؤسسات العمومية.

لكن رغم المجهودات الكبيرة المبذولة من طرف الدولة إلا أنها عجزت عن تلبية الطلب المتزايد على السكن بسبب نقص مواردها المالية، ومن أجل تخفيف العبء عن الدولة والنهوض بقطاع السكن قام المشرع الجزائري بفتح المجال أمام الخواص للاستثمار في هذا القطاع عن طريق تنظيم نشاط الترقية العقارية، وذلك بهدف البحث عن مصادر تمويل جديدة، ومساعدة الأفراد للحصول على الملكية عن طريق استحداث تقنيات قانونية تسمح لهم باقتناء سكن وفقا لقدراتهم المالية، حيث يعتمد هذا النشاط على تنوع تقنيات بيع الأملاك العقارية والتي تخضع لأحكام خاصة غير معروفة في القواعد العامة، إلى جانب عقد البيع الذي يعتبر الوسيلة القانونية الطبيعية لنقل الملكية.

حيث أعطى المشرع في القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية¹، الأولوية لبيع العقار وهو في طور الإنجاز، وذلك إما عن طريق عقد البيع على التصاميم وهو عقد نهائي تترتب عليه التزامات عقد البيع بصفة عامة غير أنه يخضع لأحكام خاصة، أو عن طريق عقد حفظ الحق وهو عقد تمهيدي يسبق إبرام عقد البيع النهائي، والذي سبق تنظيمه بموجب القانون رقم 07-86 المؤرخ في 4 مارس سنة 1986 المتعلق بالترقية العقارية²، غير أن المشرع لم ينظم هذا العقد في إطار المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 المتعلق بالنشاط العقاري³.

ورغم المزايا التي يمنحها عقد حفظ الحق بالنسبة لطرفيه حيث يسمح للمرتقي العقاري بتخصيص البنائيات من أجل بيعها بعد إتمام إنجازها، وفي المقابل يمنح لصاحب حفظ الحق فرصة الاختيار بناء على ظروف إنجاز المشروع العقاري، إلا أنه لم يتم التعامل به من طرف المرققين العقاريين خاصة وأن القانون رقم 04-11 لم ينص على إلزامية إبرام هذا العقد، على عكس القانون رقم 07-86 الذي نص في المادة 30

1 الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 6 مارس سنة 2011.

2 الجريدة الرسمية، العدد 10، المؤرخة في 5 مارس سنة 1986.

3 الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 3 مارس سنة 1993.

منه على إلزامية أن يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل، إبرام عقد حفظ الحق، وهو الأمر الذي دفعنا للبحث في التنظيم القانوني لهذا للعقد انطلاقا من الإشكالية التالية:

ما هي الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق؟ وما هي الآثار التي يرتبها هذا العقد على عاتق طرفيه؟ وما هو دوره في بيع الأملاك العقارية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، قمنا بتقسيم الموضوع إلى محورين تناولنا في المحور الأول مفهوم عقد حفظ الحق، وتناولنا في المحور الثاني آثار عقد حفظ الحق.

2- مفهوم عقد حفظ الحق:

إن تحديد مفهوم عقد حفظ الحق يقتضي التطرق إلى تعريف هذا العقد عقد وتحديد خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود، وكذا تحديد طبيعته القانونية.

1.2- تعريف عقد حفظ الحق:

عرف المشرع عقد حفظ الحق في المادة 27 من القانون رقم 04-11 بأنه: (عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنجازه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير)، وطبقا لهذا النص فإن الالتزام الرئيسي الذي يرتبه عقد حفظ الحق على عاتق المرقي العقاري هو الالتزام بتسليم البناء بعد إنجازه، وهو نفس الالتزام الذي يرتبه عقد البيع، لكن هذا التعريف لا يستقيم مع طبيعة عقد حفظ الحق باعتباره عقد تمهيدي يسبق إبرام العقد النهائي⁴، وذلك لأن الالتزام بالتسليم هنا تابع للالتزام بنقل الملكية⁵، وعقد حفظ الحق غير ناقل للملكية طبقا لنص المادة 31 من نفس القانون، فهو عقد تمهيدي يرتب التزامات شخصية فقط.

وبالإضافة إلى ذلك لا يعقل أن يلتزم المرقي العقاري بتسليم البناء مقابل تسبيق فقط يدفعه صاحب حفظ الحق، حيث لا يوجد توازن بين الالتزامين، وعليه نقول أن المشرع قد وقع في خلط بين التزامات المرقي العقاري المترتبة على عقد حفظ الحق وبين التزاماته المترتبة على عقد البيع النهائي وهو عقد بيع عقار مبني الذي عرفه المشرع في المادة 26 من القانون رقم 04-11 بأنه: (عقد بيع عقار مبني هو كل عقد رسمي يحول بموجبه المرقي العقاري، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني، الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة).

4 المادة 33 من القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

5 فالالتزام بالتسليم قد ينشأ بصفة مستقلة كالتزام المستأجر بتسليم العين المؤجرة، وقد يكون الالتزام بالتسليم تابعا للالتزام بنقل حق عيني على شيء واجب التسليم، كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، مجد حسين منصور، نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص 35.

وقد تأثر المشرع الجزائري في تعريفه لعقد حفظ الحق بتعريف المشرع الفرنسي لعقد البيع لأجل في نص المادة 1601-2 من القانون المدني الفرنسي بأنه: (العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الانتهاء من بناؤه، ويتعهد المشتري باستلامه ودفع الثمن عند التسليم، ويتم انتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الانتهاء من البناء. وتنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد)⁶. فالالتزام الرئيسي الذي رتبته المشرع الجزائري على عاتق المرفق العقاري في عقد حفظ الحق هو نفس الالتزام الذي يترتب على عاتق البائع في عقد البيع لأجل في القانون الفرنسي الذي يعتبر صورة لبيع العقار وهو في طور الانجاز⁷، لكنه عقد بيع نهائي على عكس عقد حفظ الحق، أما العقد التمهيدي في القانون الفرنسي فيعرف بعقد الحجز، وهو عقد يلتزم بمقتضاه البائع بحجز بناية أو جزء منها للمشتري في مقابل إيداع ضمان في حساب خاص⁸.

وقد تدارك المشرع الجزائري هذا الأمر في نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 2013، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها⁹، حيث جاء في بند "موضوع العقد" ما يلي: (يلتزم المرفق العقاري بموجب عقد الحفظ هذا، بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء، الذي تم وصفه أدناه، بغرض اقتنائه عند إتمامه، مقابل دفع تسبيق من طرف صاحب حفظ الحق في الحساب المفتوح باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة). ومن خلال هذا النص يمكن تعريف عقد حفظ الحق بأنه: "عقد يلتزم بموجبه المرفق العقاري بتخصيص عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء لفائدة صاحب حفظ الحق، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير وذلك بهدف اقتنائه عند إتمامه".

6 عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2012، ص 74.

7 بالإضافة إلى عقد البيع حسب الحالة المستقبلية، والذي يقابل عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري.

8 مجد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، الطبعة الأولى، مطبعة عين شمس، مصر، 1987، ص 640.

9 الجريدة الرسمية، العدد 66، المؤرخة في 25 ديسمبر سنة 2013.

2.2- خصائص عقد حفظ الحق:

من خلال تعريف عقد حفظ الحق نستنتج أنه عقد ملزم للجانبين، كما أنه يتميز عن غيره من عقود الترقية العقارية كونه عقد غير ناقل للملكية، لكن رغم ذلك يعتبر هذا العقد من العقود الشكلية.

1.2.2. عقد ملزم للجانبين

يعتبر عقد حفظ الحق من العقود الملزمة للجانبين فهو ينشئ التزامات على كل من طرفيه، حيث يلتزم المرقي العقاري بتخصيص العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق، وفي المقابل يلتزم هذا الأخير بدفع تسبيق نقدي يودع في حساب مفتوح باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية¹⁰.

2.2.2. عقد غير ناقل للملكية

عقد حفظ الحق غير ناقل للملكية، فهو لا يرتب سوى التزامات شخصية على طرفيه ولا يترتب عليه الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية، الذي يعتبر كأثر للعقد النهائي¹¹، وهو ما أكده المشرع في المادة 31 من القانون رقم 04-11 التي تنص على: (يتم تحويل ملكية العقار موضوع عقد حفظ عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبقا للتشريع المعمول به)، وبالإضافة إلى ذلك فطبقا للقواعد العامة فإن الملكية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلا إذا روعيت إجراءات الإشهار العقاري¹²، وعقد حفظ الحق معفى من هذا الإجراء¹³، وهو ما يؤكد كونه عقد غير ناقل للملكية.

3.2.2. عقد شكلي

لم يحدد المشرع في القانون رقم 04-11 الشكل الذي يجب أن يفرغ فيه عقد حفظ الحق صراحة رغم أنه نص في المادة 30 منه على البيانات التي يجب أن يتضمنها هذا العقد¹⁴، كما نص في المادة 25 منه على: (يجب أن يكون البيع من طرف المرقي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد

10 المادة 2/27 من القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

11 بوسته إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، سنة 2017، ص 372.

12 حيث تنص المادة 793 من القانون المدني على: (لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدبر مصلحة شهر العقار).

13 نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431.

14 تنص المادة 30 من القانون رقم 04-11 على: (يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق 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).

يعد قانونا في الشكل الرسمي طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وطبقا لأحكام هذا القانون). فطبقا لهذا النص فإن كل العقود التي يبرمها المرقى العقاري يجب أن تكون في الشكل الرسمي سواء تعلق الأمر ببيع عقار مبني أو بيع عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء والذي يكون عن طريق عقد البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق، وهو ما أكده المشرع كذلك في نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 حيث اشترط تحرير العقد من طرف موثق وأخضعه لإجراء التسجيل، غير أن المشرع لم يبين جزاء تخلف الكتابة الرسمية وعليه يمكن القول أن الكتابة هنا للإثبات فقط وليست للانعقاد¹⁵.

3.2. الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق:

اعتبر المشرع الجزائري عقد حفظ الحق وعدا بالتعاقد في إطار القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية¹⁶، غير أنه لم يبين الطبيعة القانونية لهذا العقد في إطار القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، فهل يمكن أن نعتبر عقد حفظ الحق وعدا بالتعاقد أو أنه يتميز بطبيعة خاصة؟

1.3.2 عقد حفظ الحق والوعد بالتعاقد:

الوعد بالتعاقد هو عقد يلتزم بمقتضاه الواعد بإبرام العقد الموعود به في المستقبل، متى أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها¹⁷، وعليه فهو عقد قائم بذاته وإن كان ليس العقد المقصود في النهاية فهو عقد تمهيدي يمهد لإبرام عقد آخر في المستقبل، لذا لا بد من توافر شروط وأركان انعقاده طبقا للقواعد العامة، بالإضافة إلى شروط صحة الوعد ذاته¹⁸، والتي حددها المشرع في المادة 71 من القانون المدني التي تنص على: (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 لتتمام العقد استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد).

15 بوسته إيمان، المرجع السابق، ص 377.

16 حيث تنص المادة 31 من القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية على: (خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 والمتضمن تنظيم التوثيق، وأحكام المادة 71 من القانون المدني، يحرر العقد التمهيدي المسمى عقد حفظ الحق ويخضع لإجراء التسجيل)، فالمادة 71 من القانون المدني تتعلق بالوعد بالتعاقد.

17 بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 115.

18 جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، 1997، ص 141.

حيث تطبق هذه الشروط على عقد الوعد بالبيع لأن المشرع لم ينظم هذا العقد بأحكام خاصة، وتنقسم شروط صحة الوعد طبقا لنص المادة 71 أعلاه إلى شروط موضوعية تتمثل في تعيين المسائل الجوهرية لعقد البيع وهي الشيء المبيع والثمن¹⁹، وكذلك تعيين المدة التي يجب خلالها إبرام عقد البيع النهائي، بالإضافة إلى شرط الشكلية حيث يجب إبرام عقد الوعد بالبيع في الشكل الرسمي، وذلك لأن عقد البيع الوارد على عقار طبقا للقواعد العامة هو عقد رسمي²⁰، كما أخضع المشرع الوعد بالبيع لإجراء الشهر العقاري بموجب المادة 2-353 من الأمر رقم 105-76 المؤرخ في 9 ديسمبر سنة 1976 الذي يتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم²¹، والتي نصت على تطبيق رسم الإشهار العقاري على عقود الوعد بالبيع التي يجب أن يذكر فيها تحت طائلة الرفض سعر البيع المتفق عليه، والأجل المحدد من قبل الأطراف لإتمام البيع.

وبالنسبة لعقد حفظ الحق فهو عقد رسمي كما سبق التطرق إليه، وقد تضمن نموذج هذا العقد الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 تعيين العقار وذلك عن طريق تحديد الموقع الدقيق للبناءة أو جزء من البناءة موضوع عقد حفظ الحق وكذا تحديد الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة، كما تضمن تحديد السعر التقديري للعقار لأن تحديد السعر النهائي مرتبط بتكلفة الإنجاز، كما تضمن كذلك تحديد الأجل التقديري للتسليم.

غير أن عقد حفظ الحق معفى من إجراء الإشهار العقاري²²، وذلك على عكس الوعد بالبيع الذي يخضع لهذا الإجراء، والهدف من شهر الوعد بالبيع هو تقييد حق الواعد بالتصرف في العقار خلال فترة الوعد من أجل المحافظة على حق الموعود له في شراء العقار الموعود به إذا ما أبدى رغبته في ذلك خلال الأجل المحدد²³، فشهر الوعد بالبيع لا يترتب عليه انتقال الملكية للموعود له وإنما يكمن دوره في إعلام الغير بهذا التصرف حتى يكون نافذا في مواجهتهم، ويلزم المحافظ العقاري بعدم شهر أي تصرف قانوني ناقل للملكية قبل انقضاء المدة المحددة في الوعد بالبيع²⁴، وعليه يمكن القول

19 وهو ما يتضح من خلال تعريف المشرع لعقد البيع في المادة 351 من القانون المدني التي تنص على: (البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي).

20 المادة 324 مكررا من القانون المدني.

21 المعدلة بموجب المادة 10 من القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2003، الذي يتضمن قانون المالية لسنة 2004، الجريدة الرسمية، العدد 83، المؤرخة في 29 ديسمبر سنة 2004.

22 نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431.

23 زاواي فريدة، ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 1995، العدد 2، الجزء 33، ص 636.

24 رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص 74.

بأن المشرع ربما لم يخضع عقد حفظ الحق لإجراء الإشهار العقاري لأن صاحب حفظ الحق لا يحتاج لهذه الحماية كون أن هذا العقد يرد على عقار مازال في طور الإنجاز، ولا يستطيع المرقي العقاري التصرف فيه إلا بعد إتمام إنجازه، وفي هذه المرحلة يكون المرقي العقاري ملزما بإبرام عقد البيع النهائي.

أما من حيث الآثار القانونية، فإنه يترتب على عقد الوعد بالتعاقد التزامات تقع إما على عاتق الواعد إذا كان الوعد ملزما لجانب واحد، أو على عاتق الطرفين إذا كان الوعد ملزما للجانبين، وتختلف هذه الالتزامات حسب مرحلتين، مرحلة ما قبل إبداء الرغبة وهنا يلتزم الواعد بالبقاء على وعده بإبرام العقد النهائي إلى غاية انقضاء الأجل المحدد في الوعد، فإذا انقضى هذا الأجل دون إعلان الموعد له رغبته في إبرام العقد ينقضي عقد الوعد ويصبح كأنه لم يكن، ومرحلة ما بعد إبداء الرغبة من طرف الموعد له خلال الأجل المحدد لذلك، حيث يترتب الوعد بالبيع في هذه المرحلة الالتزام بإبرام عقد البيع على عاتق الواعد²⁵، وفي المقابل يكون للموعد له حق شخصي يستطيع بمقتضاه مطالبة الواعد تنفيذ التزامه بإبرام عقد البيع²⁶، حيث تطبق في هذه الحالة أحكام المادة 72 من القانون المدني التي تنص على: (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم محل العقد).

أما بالنسبة لعقد حفظ الحق فإن الأجل التقديري للتسليم وإبرام العقد النهائي لا يعتبر أجلا لصاحب حفظ الحق من أجل إبداء رغبته في إبرام عقد البيع، وإنما يعتبر كأجل للمرقي لإنجاز مشروعه العقاري لأن عقد حفظ الحق يرد على عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، وذلك لأن إبرام عقد البيع النهائي متوقف على اكتمال وجود العقار، وليس على إبداء صاحب حفظ الحق رغبته في التعاقد، فهو يلتزم بإبرام العقد النهائي بموجب عقد حفظ الحق غير أنه يمكنه التراجع عن ذلك عن طريق طلب فسخ العقد²⁷.

2.3.2 عقد حفظ العقد ذو طبيعة خاصة :

وبناء على ما سبق نستنتج أن عقد حفظ الحق لا يعتبر وعدا بالتعاقد، وإنما هو عقد تمهيدي ذو طبيعة خاصة يهدف إلى بيع الأملاك العقارية بعد إتمام إنجازها، وذلك بالنظر إلى خصوصية نشاط الترقية العقارية من جهة، وخصوصية محل هذا العقد كونه يرد على بناء مقرر بناؤه أو في طور البناء من جهة أخرى، حيث يلتزم بمقتضاه المرقي

25 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 120.

26 مجد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 106.

27 المادة 32 من القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

العقاري بتخصيص العقار لصالح صاحب حفظ الحق، كما يكون ملزما بإبرام عقد البيع النهائي بعد إنجاز مشروعه العقاري من أجل نقل ملكية العقار، وفي المقابل يكون صاحب حفظ الحق ملزما بدفع تسبيق نقدي لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في حساب مفتوح باسمه، لكن ما هي الفائدة التي يحققها عقد حفظ الحق بالنسبة لطرفيه أو ما هو دور هذا العقد في تطوير نشاط الترقية العقارية خاصة وأن المشرع لم ينص على إلزامية إبرامه؟

من خلال تنظيم المشرع لتقنيات بيع الأملاك العقارية في القانون رقم 04-11 نستنتج أن المرقى العقاري عندما يبادر بإنجاز مشروعه العقاري إما أن يختار بيع البنائيات المنجزة من خلال هذا المشروع قبل إتمام إنجازها، وذلك عن طريق عقد البيع على التصاميم وهو عقد نهائي يترتب عليه الالتزام بنقل الملكية، وإما أن يختار بيعها بعد إتمام إنجازها، لكن قبل ذلك يمكنه إبرام عقد حفظ الحق كعقد تمهيدي لعقد البيع النهائي، حيث يمكنه في هذا الحالة الحصول على قروض عقارية لتمويل مشروعه العقاري وهو ما يستنتج من خلال نص المادة 36 من القانون رقم 04-11 التي تنص على: (لا يمكن إبرام عقد البيع على التصاميم، المنصوص عليه في المادة 28 أعلاه، عندما يلجأ المرقى العقاري لاستعمال قروض تخصص لتمويل البناء)، غير أنه لا يستفيد في هذه الحالة من التسبيق النقدي الذي يدفعه صاحب حفظ الحق.

كما تكمن الفائدة من إبرام عقد حفظ الحق بالنسبة للمرقى العقاري في أن هذا العقد لا يترتب على عاتقه الالتزامات التي يترتبها عقد البيع النهائي وهي الالتزام بنقل الملكية والتسليم كما هو الحال في عقد البيع على التصاميم، أين يلتزم بمواصلة الإنجاز والتسليم في الأجل المحدد في العقد، وفي حالة عدم احترام هذه الأجل يتعرض لعقوبة التأخير، فالمرقى العقاري في عقد حفظ الحق لا يكون ملزما بالتسليم في أجل محدد، حيث يكون تحديده تقديريا في هذا العقد، كما أنه غير ملزم كذلك باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، وفي نفس الوقت يكون قد قام بتخصيص البنائيات من أجل بيعها بعد إتمام إنجازها ربحا للوقت الذي يكتسي أهمية كبيرة بالنسبة للمرقى العقاري باعتباره تاجرا²⁸.

أما بالنسبة لصاحب حفظ الحق فإن إبرام عقد حفظ الحق يمنحه فرصة الاختيار بناء على ظروف إنجاز المشروع العقاري وذلك قبل الارتباط بعقد نهائي، خاصة فيما يتعلق بمدى احترام المرقى العقاري لمواصفات البناء، والأجل التقديري للتسليم والثمن النهائي للبيع.

3- آثار عقد حفظ الحق:

يترتب على إبرام عقد حفظ الحق مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق كل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق، حددها المشرع في القانون رقم 04-11 وكذا في نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431.

1.3- التزامات المرقي العقاري:

يلتزم المرقي العقاري بموجب عقد حفظ الحق بتخصيص العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق، كما يلتزم بإبرام عقد البيع النهائي بعد إتمام إنجاز المشروع العقاري.

1.1.3- الالتزام بتخصيص العقار

يلتزم المرقي العقاري بموجب عقد حفظ الحق بتخصيص الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق بغرض اقتنائه عند إتمامه، طبقا لما جاء في نموذج العقد الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 كما سبق الذكر، وهو ما نستنتجه كذلك من خلال المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012، الذي يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري²⁹، التي تنص على: (يتعهد المرقي العقاري في إطار نشاطه بعدم الاستلام من المقتنين، أي دفع ودفع جزئي و/أو تسبيق بأي شكل من الأشكال، إذا كان ذلك غير مفروض وغير ناتج عن إعداد تام لعقد البيع أو البيع على التصاميم أو الحجز، كما نصت عليه أحكام القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2011 والمذكور أعلاه)، حيث نلاحظ أن المشرع قد أطلق عليه عقد الحجز، مما يعني أن الالتزام الرئيسي الذي يربته هذا العقد هو حجز أو تخصيص العقار لصاحب حفظ الحق، غير أنه ينبغي على المشرع توحيد المصطلحات القانونية.

لكن ما هو المقصود بتخصيص أو حجز العقار؟ هل يعني الالتزام بعدم بيع العقار بعد إنجائه إلى شخص آخر أو حفظ الحق في الشراء كما يفهم من خلال تسمية العقد، أو يشمل كذلك التزام المرقي العقاري بمواصلة الإنجاز خلال أجل معين حتى يستطيع تنفيذ التزامه بإبرام العقد النهائي لأن العقار الذي تم تخصيصه لم يكتمل إنجازاه بعد؟ فمن خلال القانون رقم 04-11 وكذلك من خلال نموذج عقد حفظ الحق نجد أن المشرع لم يفرض عقوبة التأخير على المرقي العقاري في حالة عدم احترام آجال التسليم التي يكون تحديدها تقديريا، وذلك على خلاف عقد البيع على التصاميم³⁰، وعليه

29 الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة في 26 فبراير سنة 2012.

30 المادة 43 من القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

فالمركبي العقاري لا يلتزم بمواصلة الإنجاز والتسليم في آجال محددة، وإنما يلتزم فقط بتخصيص العقار وإبرام عقد البيع النهائي بعد انتهاء عملية البناء.

2.1.3- الالتزام بإبرام عقد البيع النهائي:

إن بيع العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء عن طريق عقد حفظ الحق يتم على مرحلتين³¹، المرحلة الأولى هي إبرام عقد حفظ الحق والذي يلتزم بموجبه المركبي العقاري بتخصيص أو حجز العقار لصاحب حفظ الحق، من أجل اقتنائه عند إتمام إنجازه³²، وهو عقد غير ناقل للملكية، لذلك لا بد من المرحلة الثانية وهي إبرام عقد بيع نهائي يترتب عليه الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية طبقاً لنص المادة 31 من القانون رقم 04-11، والعقد النهائي هو عقد بيع عقار مبني الذي عرفه المشرع في نص المادة 1/26 من نفس القانون بأنه: (عقد بيع عقار مبني هو كل عقد رسمي يحول بموجبه المركبي العقاري، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني، الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة).

وقد نص المشرع على هذا الالتزام في المادة 33 من القانون رقم 04-11 التي تنص على: (يتعين على المركبي العقاري، بعد ثلاثة (3) أشهر كحد أقصى، على إثر الاستلام المؤقت للبنية أو لجزء منها، بإعداد عقد بيع البنية أو جزء من البنية المحفوظة، أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق)، حيث يلتزم المركبي العقاري بعد إتمام إنجاز العقار بإبرام عقد البيع النهائي وذلك خلال أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الاستلام المؤقت للمشروع العقاري³³.

ومن أجل ذلك يجب على المركبي العقاري إعلام صاحب حفظ الحق بحلول أجل إبرام العقد النهائي، وهو ما نص عليه المشرع في إطار القانون رقم 07-86 المتعلق بالترقية العقارية³⁴، على خلاف القانون رقم 04-11 الذي لم ينص صراحة على هذا الالتزام، غير أنه يمكن استنتاج ذلك من خلال نص المادة 3/32 من هذا القانون التي نصت على إمكانية فسخ عقد حفظ الحق بطلب من المركبي العقاري، في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته وذلك بعد إعدارين، مدة كل واحد منهما شهر واحد ولم يرد عليهما، يبلغان عن طريق محضر قضائي، فالالتزام المقصود هنا هو الالتزام

31 بوسته إيمان، المرجع السابق، ص 382.

32 بند موضوع العقد من نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431.

33 عرف المشرع الاستلام المؤقت في نص المادة 3 من القانون رقم 04-11 بأنه: (الاستلام المؤقت هو محضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المركبي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال).

34 حيث نصت المادة نصت المادة 38 من القانون رقم 07-86 على: (يجب على المكتتب أن يبلغ لحافظ الحق مشروع عقد البيع، قبل شهر على الأقل من تاريخ توقيع هذا العقد الذي يخضع لإمكانية البطلان، تبعاً للشروط والأشكال التي نص عليها الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 المذكور أعلاه والمتضمن تنظيم التوثيق).

بإبرام عقد البيع النهائي، حيث يقوم المرقي العقاري بتوجيه إعدار لصاحب حفظ الحق لإعلامه بحلول أجل تنفيذ هذا الالتزام.

وفي حالة إخلال المرقي العقاري لالتزامه بإبرام عقد البيع النهائي يتعرض لعقوبة جزائية طبقا لنص المادة 73 من القانون رقم 04-11 التي تنص على: (يتعرض كل مرقي عقاري، يخالف الأحكام المنصوص عليها في المادة 33 المتعلقة بأجال تحويل الملكية، لغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج). وما يلاحظ على هذا النص أن المشرع قد جعل تاريخ انتقال الملكية هو تاريخ إبرام العقد، وهو ما نصت عليه كذلك المادة 31 من نفس القانون التي تنص على: (يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبقا للتشريع المعمول به). وهو ما ورد كذلك في بند "نقل الملكية وإعداد عقد البيع" في نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431، حيث جاء فيه ما يلي: (يتم نقل ملكية الملك موضوع عقد حفظ الحق هذا، بمجرد التوقيع المشترك لعقد البيع النهائي، أمام الموثق مقابل دفع المبلغ المتبقي).

وهذا الحكم جاء مخالفا للقواعد العامة التي تقضي بأن انتقال الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير لا يكون إلا بعد إتمام إجراء الشهر العقاري³⁵، غير أنه من خلال نموذج عقد حفظ الحق نستنتج أن المشرع قد قصد تاريخ الالتزام بالتسليم وهو نفسه تاريخ إبرام عقد البيع النهائي وليس تاريخ انتقال الملكية³⁶، حيث جاء في بند السعر التقديري للبيع ما يلي: (إن السعر التقديري لبيع الملك موضوع عقد حفظ الحق هو المبلغ الذي يلتزم صاحب حفظ الحق تسديده للمرقي العقاري، مقابل تسليم البناية أو جزء من البناية التي تم إتمامها موضوع عقد حفظ الحق هذا وفقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما).

وعليه كان يفترض بالمشرع ترك مسألة انتقال الملكية للقواعد العامة، والنص فقط على الالتزام بالتسليم لأنه مرتبط بإبرام عقد البيع النهائي، خاصة وأن انتقال الملكية في عقد بيع عقار مبني وهو العقد النهائي لم ينظمها المشرع بأحكام خاصة، وإنما تخضع للقواعد العامة المطبقة على عقد البيع الوارد على عقار، ونشير في هذا الصدد أن

35 وذلك طبقا لنص المادة 793 من القانون المدني التي تنص على: (لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري). والمادة 16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي تنص على: (إن العقود الإدارية والاتفاقات التي تربي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية).

36 بوسته إيمان، المرجع السابق، ص 385.

المشروع ربما يكون قد تأثر بأحكام عقد البيع لأجل في القانون الفرنسي والذي سبقت الإشارة إليه.

ويترتب على إبرام عقد البيع النهائي تحرير التسبيق الذي دفعه صاحب حفظ الحق، وكذا التزام هذا الأخير بصفته كمشتري في عقد البيع النهائي بدفع المبلغ المتبقي من ثمن العقار المحدد في عقد حفظ الحق، طبقا لما جاء في بند نقل الملكية وإعداد عقد البيع من نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431³⁷، والذي يكون تحديده تقديريا بمعنى أنه قابل للمراجعة، غير أن المشروع لم ينص على كيفية ولا على حدود مراجعة الثمن، كما نص على ذلك في عقد البيع على التصاميم³⁸، ويرجع ذلك إلى أن عقد حفظ الحق ليس عقدا نهائيا وأن صاحب حفظ الحق يستطيع التراجع عن إبرام عقد البيع النهائي عن طريق طلب فسخ العقد³⁹.

2.3- التزامات صاحب حفظ الحق:

من خلال تعريف المشروع لعقد حفظ الحق بموجب نص المادة 27 من القانون رقم 04-11 السالفة الذكر، نستنتج أن الالتزام الرئيسي الذي يرتبه هذا العقد على عاتق صاحب حفظ الحق هو دفع تسبيق نقدي، كما يثور التساؤل حول مدى التزامه بالشراء؟

1.2.3- الالتزام بدفع تسبيق نقدي:

تنص المادة 52 من القانون رقم 04-11 على: (في حالة عقد حفظ الحق لبناية أو جزء من بناية يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرتقي العقاري وفقا لأحكام المادة 27 أعلاه، لا يتجاوز عشرين في المائة (20٪) من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه بين الطرفين). فطبقا لهذا النص يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق نقدي للمرتقي العقاري، وقد أحالت هذه المادة فيما يتعلق بأحكام دفعه إلى نص المادة 27 من نفس القانون التي تنص في فقرتها الثانية 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 من هذا القانون).

حيث يقوم صاحب حفظ الحق بدفع مبلغ التسبيق بناء على أمر بالدفع معد من طرف المرتقي العقاري في حساب مفتوح باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة

37 وهو ما نصت عليه كذلك المادة 3/257 من الأمر رقم 105-76 المتضمن قانون التسجيل والتي تنص على: (أما في البيوع المنجزة في إطار الترقية العقارية ذات الطابع السكني أساسا، فإن المبالغ التي يجب دفعها بمرأى وبين يدي الموثق، هي المبالغ المتبقية من ثمن البيع الذي سبق تحديده في عقد حفظ الحق و/ أو في دفتر الشروط في عقد البيع على التصاميم).

38 المادة 38 من القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

39 المادة 32 من نفس القانون.

المتبادلة في الترقية العقارية، على أن يسلم هذا الأخير لصاحب حفظ الحق وصل يثبت تنفيذه لالتزامه بدفع التسبيق⁴⁰، ويعتبر دفع مبلغ التسبيق عنصر أساسي لإبرام عقد حفظ الحق، حيث يجب تنفيذ هذا الالتزام قبل إبرام العقد، وذلك طبقاً لنموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431، حيث يتضمن هذا الأخير تاريخ الأمر بالدفع المعد من طرف المرقى العقاري، ورقم الحساب المفتوح باسم صاحب حفظ الحق لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ورقم وصل التسديد.

غير أن المرقى العقاري لا يستفيد من مبلغ التسبيق لتمويل مشروعه العقاري إلا بعد إبرام عقد البيع النهائي، الذي يترتب عليه تحرير التسبيق كما جاء في نموذج عقد حفظ الحق، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع لم ينص صراحة على عدم قابلية مبلغ التسبيق للحجز أو للتنازل أو التصرف على غرار ما نص عليه في المادة 2/35 من القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية⁴¹، ويرجع ذلك إلى الدور الذي يقوم به صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية كهيئة ضمان في إطار عقد حفظ الحق، حيث يضمن متابعة وتسيير الحسابات التي تسجل التسبيقات المدفوعة من أصحاب حفظ الحق⁴².

ولقد اختلف الفقه الفرنسي حول تحديد الطبيعة القانونية لمبلغ التسبيق، فمنهم من يرى بأنه يعتبر كشرط جزائي حيث يفقد صاحب حفظ الحق جزء منه كجزاء على عدم تنفيذه لالتزامه الرئيسي المترتب على العقد التمهيدي وهو الالتزام بالشراء، وفي الحقيقة أنه إذا كان يحسب لهذا التكييف أنه يلقي على عاتق صاحب حفظ الحق الالتزام بالشراء، إلا أنه لا يمكن الأخذ به نظراً لاختلاف الأحكام المتعلقة بمبلغ التسبيق عن أحكام الشرط الجزائي⁴³، فقيمة الشرط الجزائي تحدد مسبقاً بموجب اتفاق بين المتعاقدين لكنها لا تدفع إلا بعد الإخلال بالالتزام⁴⁴، في حين يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع مبلغ التسبيق مقدماً، ومن جهة أخرى يستطيع القاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن تقدير مبلغ الشرط الجزائي كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في

40 بند السعر التقديري للبيع من نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431.

41 حيث تنص المادة 2/35 من القانون رقم 86-07 على: (تكون الأموال المودعة غير قابلة للتنازل، وغير قابلة للحجز، وغير قابلة للتصرف فيها ضمن الحد المنصوص عليه في المادة 34 السابقة).

42 المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 3 نوفمبر سنة 1997 المتضمن أحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، المعدلة والمتممة بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 14-180، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 19 يونيو سنة 2014.

43 مجد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 499.

44 المادة 183 من القانون المدني.

جزء منه⁴⁵، بينما لا يملك القاضي هذه السلطة في إطار عقد حفظ الحق، وبالإضافة إلى ذلك فإن الشرط الجزائي لا يكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر⁴⁶، في حين إذا تم فسخ عقد حفظ الحق بطلب من صاحب حفظ الحق يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع بنسبة 15٪ من مبلغ التسبيق المدفوع في كل الحالات، أي سواء أدى ذلك إلى إلحاق ضرر بالمرقي العقاري أو لا، لذلك ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى أن دفع مبلغ التسبيق يكون في مقابل حق صاحب حفظ الحق في العدول عن شراء العقار المتفق عليه، حيث يستطيع العدول عن إبرام العقد النهائي مقابل فقد جزء منه⁴⁷.

ومن خلال أحكام القانون رقم 04-11 المتعلقة بعقد حفظ الحق ونموذجه الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431، نستطيع القول بأن دفع مبلغ التسبيق من طرف صاحب حفظ الحق يعتبر كدليل أو إثبات على رغبته الجدية في إبرام عقد البيع النهائي بعد اكتمال وجود العقار، وفي حالة تراجعه عن تنفيذ هذا الالتزام دون موافقة المرقى العقاري⁴⁸، يستفيد هذا الأخير بنسبة من مبلغ التسبيق كتعويض وذلك بالنظر إلى طبيعة النشاط الذي يمارسه المرقى العقاري والذي يعتبر نشاطا تجاريا، فمبلغ التسبيق إذن يعتبر كضمان بالنسبة للمرقى العقاري.

2.2.3. الالتزام بالشراء:

طبقا لما سبق ذكره فإن عقد حفظ الحق هو عقد تمهيدي يرد على عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، لا يرتب سوى التزامات شخصية على طرفيه، أما الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية فيترتب على إبرام عقد البيع النهائي، حيث يلتزم المرقى العقاري بإبرام هذا العقد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الاستلام المؤقت للمشروع العقاري، والتساؤل الذي يطرح هنا هل يكون صاحب حفظ الحق كذلك ملزما بإبرام العقد النهائي أي ملزما بالشراء أو لا ؟

لم ينص المشرع صراحة على التزام صاحب حفظ الحق بالشراء في القانون رقم 04-11 غير أنه نص في المادة 32 منه على: (يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري:

45 المادة 02/184 من نفس القانون.

46 المادة 01/184 من نفس القانون.

47 مجد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 500، عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 84.

48 فطبقا لنص المادة 32 من القانون رقم 04-11 يمكن أن يتم فسخ عقد حفظ الحق بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر أي باتفاق الطرفين، وفي هذه الحالة لا يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع جزء من مبلغ التسبيق.

- يطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر،

- يطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشر بالمائة (15%) من مبلغ التسبيق المدفوع،

- يطلب من المرقى، في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته وذلك بعد إعدارين، مدة كل واحد منهما شهر واحد ولم يرد عليهما، يبلغان عن طريق محضر قضائي).

حيث لم يبين المشرع في الفقرة الأخيرة من هذه المادة ما هي الالتزامات المقصودة، لكن بما أن تنفيذ الالتزام بدفع التسبيق النقدي من طرف صاحب حفظ الحق يعتبر ضروريا لإبرام عقد حفظ الحق كما سبق الإشارة إليه، فلم يبقى سوى الالتزام بالشراء، فالمرقى العقاري بعد الاستلام المؤقت للمشروع يكون ملزما بإبرام عقد البيع النهائي طبقا لنص المادة 33 من القانون رقم 04-11، ومن أجل ذلك يقوم بتوجيه إعدار لصاحب حفظ الحق من أجل تنفيذ التزامه بالشراء، وفي حالة إخلاله بهذا الالتزام يمكن للمرقى العقاري طلب فسخ العقد.

كما يمكن لصاحب حفظ الحق أن يطلب فسخ العقد، وفي هذه الحالة يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشر بالمائة (15%) من مبلغ التسبيق المدفوع، طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 32 أعلاه، وبما أن المشرع لم يشترط أن يكون طلب فسخ العقد بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزاماته نستنتج أن الهدف من طلب الفسخ من طرف صاحب حفظ الحق في هذه الحالة هو التحلل من التزامه بالشراء.

4-الخاتمة:

نستخلص في نهاية هذا البحث أن عقد حفظ الحق يعتبر ك تقنية لبيع الأملاك العقارية المقرر بناؤها أو في طور البناء، وهو عقد تمهيدي يسبق إبرام عقد بيع عقار مبني، ومن خلال دراسة أحكام هذا العقد توصلنا إلى النتائج الآتية:

- أن عقد حفظ الحق غير ناقل للملكية فهو لا يرتب سوى التزامات شخصية على طرفيه، حيث يلتزم المرقى العقاري بتخصيص العقار لصالح صاحب حفظ الحق مقابل تسبيق نقدي، كما يلتزم بعد إتمام إنجاز العقار بإبرام عقد البيع، الذي تنتقل بموجبه ملكية العقار المحفوظ لصالح صاحب حفظ الحق.

- يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق نقدي لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في حساب خاص باسمه، فمبلغ التسبيق لا يعتبر جزءا من الثمن ولا يستفيد منه المرقى العقاري إلا بعد إبرام عقد البيع النهائي.

- أن التزام صاحب حفظ الحق بالشراء هو أمر اختياري، يمكنه العدول عنه مقابل اقتطاع نسبة 15٪ من مبلغ التسبيق يستفيد منها المرقي العقاري.

- أن عقد حفظ الحق هو عقد رسمي يتم تحريره من طرف الموثق طبقا للنموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431، يخضع للتسجيل، غير أنه معفى من إجراء الشهر العقاري.

- أن عقد حفظ الحق يعتبر عقدا تمهيديا ذو طبيعة خاصة، يمهّد لبيع العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء بعد إتمام إنجازه، وتكمن أهمية هذا العقد بالنسبة للمرقي العقاري في الحصول على قروض عقارية لتمويل إنجاز مشروعه العقاري، وعدم الالتزام بإبرام عقد البيع قبل إتمام إنجازه، أما بالنسبة للمشتري فيمنحه فرصة الاختيار بناء على ظروف إنجاز المشروع قبل الارتباط بعقد نهائي.

وبناء عليه يمكن إعطاء الاقتراحات الآتية:

- تعديل نص المادة 27 من القانون رقم 11-04 التي تضمنت تعريف عقد حفظ الحق كما يلي: (عقد حفظ الحق هو عقد يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتخصيص عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء لفائدة صاحب حفظ الحق، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير بهدف اقتنائه عند إتمامه).

- إخضاع عقد حفظ الحق لإجراء الإشهار العقاري وذلك من أجل توفير حماية أكبر لصاحب حفظ الحق.

- تعديل نص المادة 31 من القانون رقم 11-04 كما يلي: (يتم تسديد الجزء المتبقي من الثمن النهائي للعقار المحفوظ، وتحرير التسبيق النقدي، أثناء إبرام عقد البيع أمام الموثق).

- تعديل بند نقل الملكية وإعداد عقد البيع من نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431، بحيث يكتفي المشرع بالنص على بند إعداد العقد فقط، تاركا مسألة انتقال الملكية للقواعد العامة.

- النص صراحة على عدم قابلية مبلغ التسبيق الذي يدفعه صاحب حفظ الحق لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية للتصرف أو التنازل أو الحجز.

5- قائمة المراجع:

أ- الكتب:

- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2010.

- مجد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، الطبعة الأولى، مطبعة عين شمش، مصر، 1987.
- محمد حسين منصور، نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

ب- الرسائل الجامعية

- بوسته إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، سنة 2017.
- رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014.
- عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2012.

ج- المقالات:

- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، 1997.
- زاووي فريدة، ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 1995، العدد 2، الجزء 33.

د- النصوص القانونية:

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، الذي يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر سنة 1975.
- القانون رقم 86-07 المؤرخ في 4 مارس سنة 1986، الجريدة الرسمية، العدد 10، المؤرخة في 5 مارس سنة 1986.
- القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 6 مارس سنة 2011.
- المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012، الذي يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرفق العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخة في 26 فبراير سنة 2012.
- المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 2013، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية، العدد 66، المؤرخة في 25 ديسمبر سنة 2013.