الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعةمحمد بوضياف - المسيلة
كليـة الحقوق و العلوم السياسية
Tél. / Fax : + 213 35 54 05 05
WWW-UNIV-MSILA.DZ

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
Université Mohammed Boudiaf – M'sila
Faculté de Droit et des Sciences Politiques
Tél. / Fax : + 213 35 54 05 05
BP;166,Ichbilia 28003,M'Sila- Algérie

الرقم: 239/ ك ح ع س / 2025

المسيلة: 10 جويلية 2025

مستخرج فردي من محضر مداولات المجلس العلمي للكلية

في يوم **السابع والعشرين** من شهر **فيفري ألفين وخمسة وعشرون** اجتمع أعضاء المجلس العلمي للكلية في دورته العادية.

و بناءا على التقارير الايجابية للخبراء:

د/ سامية شرفة (جامعة المسيلة).
أ. د/ بوقرة العمرية (جامعة المسيلة).

بخصوص المؤلف البيداغوجي للدكتور(ة): **بوعكة الكاملة** / قسم: **الحقوق** . المعنونة بـــــ " **نماذج العقود التجارية** ".

تم اعتماد المؤلف البيداغوجي المذكورة أعلاه والمصادقة عليه من طرف المجلس العلمي.

رئيس المجلس العلمي

رئيس المجلس العلمي
أ.د/ والي عبد اللطيف

دار المتنبي للطباعة والنشر

شهادة نشر

تشهد وتشرف دار المتنبي للطباعة والنشر بـ:

نشر وطباعة كتاب موسوم بـ:

نماذج العقود التجارية
كتاب بيداغوجي

تأليف:
د. كاملة بوعكة

المسجل إداريا برقم الإيداع القانوني:

ردمك: ISBN:978-9969-04-239-9

دار المتنبي للطباعة والنشر

مدير دار النشر

شهادة نشر

حرر بتاريخ: 2025/12/18

حي تعاونية الشيخ المقراني طريق إشبيليا مقابل جامعة محمد بوضياف بالمسيلة/ الجزائر
elmotanaby.dz@gmail.com
https://elmotanaby.com
0668.14.49.75/0773.30.52.82
035.35.31.03

الطبعة الأولى

د. كاملة بوعكة

أستاذ محاضر أ

قسم الحقوق-جامعة محمد بوضياف المسيلة

نوفمبر 2025م

نماذج العقود التجارية

كتاب بيداغوجي

نوفمبر 2025

نماذج العقود التجارية

كتاب بيداغوجي

د. كاملة بوعكة

نماذج العقود التجارية

هذا الكتاب...

هذا الكتاب الموسوم "بنماذج العقود التجارية" يندرج ضمن الموضوعات المتعلقة بمقياس عقود الأعمال الموجه للطلبة والذي يعبر عن مفهوم جديد للعقود في بيئة المال و الأعمال أملته التطورات الحاصلة في البيئة التجارية. حيث يعالج بالتأصيل والتفصيل أربعة نماذج لعقود تجارية تتمثل في عقد الاعتماد الايجاري أو كما يعرف بعقد الليزينغ الذي نظمه المشرع الجزائري بموجب الأمر 09/96 المتعلق بعقد الاعتماد الايجاري وعقد الوكالة بعمولة لنقل الأشياء وعقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص الذي نظمه المشرع الجزائري بموجب أحكام القانون التجاري والذي يندرج ضمن عقود الوساطة التجارية والكفالة المصرفية التي تمتهنها البنوك كواحدة من العمليات المصرفية و التي تعد اليوم الأداة المحركة لاقتصاديات الدول و تلعب دورا هاما ومحوريا في انتعاش الحياة التجارية للدولة وتطورها .

ISBN
978-9969-04-239-9

جميع الحقوق محفوظة ©
سنة النشر:1447 هـ / 2025 م

مقر دار النشر: حي تعاونية الشيخ المقراني
طريق اشبيليا مقابل جامعة محمد بوضياف - المسيلة
التواصل مع دار النشر: elmotanaby.dz@gmail.com
الهاتف: 0773.30.52.82 / 0668.14.49.75
فاكس: 035.35.31.03

Scan Our QR Code

نمـــاذج العقـــود التجـــارية

كتاب بيداغوجي

د. كاملـــة بوعكـــة

أستاذ محاضر أ

قسم الحقوق-جامعة محمد بوضياف المسيلة

بسم الله الرحمن الرحيم

نمـــاذج العقـــود التجـــارية

كتاب بيداغوجي

- **المؤلف: د. كاملة بوعكة**
- **تنسيق داخلي للكتاب: دار المتنبي للطباعة والنشر**
- **مقاس الكتاب: 17/25**
- **الطبعة الأولى**
- **الناشر:** دار المتنبي للطباعة والنشر
- **الرقم الدولي الموحد للكتاب**
- **ISBN :978-9969-04-239-9**
- **الإيداع القانوني:** نوفمبر/ 2025م

- **الحقوق:** جميع الحقوق محفوظة ©

- **مقر الدار:** حي تعاونية الشيخ المقراني/ طريق إشبيليا
مقابل جامعة محمد بوضياف/ المسيلة- الجزائر
- **للتواصل مع الدار:** elmotanaby.dz@gmail.com
- الموقع الإلكتروني: https://elmotanaby.com
- هاتف: 0773.30.52.82/ 0668.14.49.75
- فاكس: 035.35.31.03

د. كاملــة بوعكــة

أستاذ محاضر أ

قسم الحقوق جامعة محمد بوضياف المسيلة

نمــاذج العقــود التجــارية

كتاب بيداغوجي

2025

افتتاحية الناشر

في رحاب المعرفة، تسعى دار المتنبي للطباعة والنشر إلى الإسهام في بناء مجتمع قارئ ومثقف، واضعة نصب عينيها رسالة سامية ترتكز على نشر العلم والفكر الهادف، نؤمن بأن الكتاب هو الوسيلة الأرقى لبناء الحضارة وتوثيق الإبداع الإنساني، وأن القراءة هي الجسر الذي يربط الماضي بالحاضر ويستشرف آفاق المستقبل.

لقد التزمنا منذ تأسيس الدار بتقديم محتوى علمي رصين، يراعي أعلى معايير الدقة والمنهجية، ويستند إلى مصادر موثوقة وأبحاث حديثة، نحرص على أن تكون منشوراتنا إضافة نوعية للمكتبة العربية وأن تلبي احتياجات القراء والباحثين على حد سواء، ومن منظور إيماننا بأن لكل كتاب رسالة ولكل مؤلف بصمة ولكل قارئ حق في المعرفة، لذا نولي اهتماما خاصا بجودة الطباعة والإخراج الفني، ونحرص على التعاون مع نخبة من المؤلفين والمحررين والمراجعين ذوي الكفاءة والخبرة.

نطمح إلى أن تكون دار المتنبي منبرا للحوار العلمي وفضاء لتلاقي الأفكار وتلاقحها ومصدرا للإلهام والتجديد ونسعى دوما إلى تطوير أدواتنا ومواكبة التطورات التقنية في عالم النشر لنصل بالكتاب إلى أوسع شريحة من القراء في كل مكان وزمان.

ختاما الشكر موصول كل من يضع ثقته في منشورات دار المتنبي للطباعة والنشر التي تعدكم بأن تبقى وفية لقيمنا العلمية والأخلاقية وأن تواصل رسالتها في خدمة العلم والمعرفة.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين وبه نستعين والصلاة والسلام على نبيه المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله الطاهرين وأصحابه الميامين وأتباعه وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين أما بعد،

يعد **مقياس عقود الأعمال** من المقاييس التي تدرس في كلية الحقوق والعلوم السياسية داخل الجامعة الجزائرية الموجهة لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون أعمال خلال السداسي الأول من التعليم الجامعي، وله أهمية كبيرة علمية وعملية لكونه يجمع المعارف القانونية والمعلومات المتعلقة بنوع خاص من العقود وهو مفهوم جديد للعقود في بيئة الأعمال التي ظهرت نتيجة حاجة الأفراد والمتعاملين الاقتصاديين في السوق لأشخاص آخرين لما لهم من رؤوس أموال وقوة اقتصادية كالبنوك أو معرفة فنية ومهنية بالسوق وهي تشكل علاقات اقتصادية ونتاج لبيئة الأعمال لم تنظم كل أحكامها النظرية العامة للالتزام .

حيث أن عقود الأعمال جاءت من بيئة المال والأعمال التي تتناسب وطبيعة المصالح الاقتصادية للأعوان المتدخلين في السوق الضيقة والواسعة الوطنية والدولية والتي جعلتها تتميز بخصوصية غير موجودة في العقود التقليدية الأخرى لكونها خارج نطاق مناخ الأعمال من حيث الأشخاص الممارسة لها أو انعقادها أو حتى الاثار المترتبة عنها.

فعقود الأعمال نوع خاص من العقود أنتجتها بيئة الأعمال لتطور العلاقات الاقتصادية والانفتاح على العالم والبحث عن أساليب مبتكرة حديثا للعقود الجديدة من أجل دفع عجلة التنمية الاقتصادية حيث التي أصبحت اليوم الأداة المحركة للاقتصاد في كل الدول وحققت بفضلها تطورا وازدهارا اقتصاديا كبيرا.

وسنتناول في هذا الكتاب أربعة فصول نقسمها كما يلي:

الفصل الأول: عقد الاعتماد الإيجاري

الفصل الثاني: عقد الوكالة بعمولة

الفصل الثالث: الكفالة المصرفية

الفصل الرابع: عقد الترقية العقارية

الفصل الأول

عقـــد الاعتـماد الإيجاري

تمهيد

يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري تقنية حديثة لتمويل المشاريع الاستثمارية، ومن أهم العقود التجارية التي يتم من خلالها تشجيع الاستثمار[1]، وتحريك اقتصاد الدول النامية والرقي بها إلى مصاف الدول المنتجة[2]. وتقنية الاعتماد الإيجاري ظهرت في أمريكا سنة 1952، ثم راجت إلى الدول الأوروبية وإلى باقي دول العالم.

أدرج المشرع الجزائري هذه التقنية بموجب الأمر 09/96 المتعلق ب "الاعتماد الإيجاري"، واعتبرها عملية تجارية ومالية وعملية قرض، تمارسها على سبيل الحصر البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الإيجاري (المؤهلة قانونا والمعتمدة صراحة) مع المتعاملين الاقتصاديين ذوي المشاريع المهنية والتجارية والصناعية وأصحاب المهن الحرة. فميلاد هذا النوع من العقود جاء ليتلاءم مع النشاطات الاقتصادية للمشاريع الكبرى من حيث تمويلها بالأموال اللازمة لها لضمان استمرارية نشاطها وتحديث وسائل إنتاجها بوسائل التقدم التكنولوجي[3].

يعد عقد الاعتماد الإيجاري من العقود التجارية الهامة المعمول بها على المستوى العالمي، الذي أثار العديد من النقاشات الفقهية حول تعريفه وخصائصه المميزة منذ ظهوره في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1952. وقد نظم المشرع الجزائري هذا العقد بموجب الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

---

[1] صفاء عمر خالد بلعاوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة مقدمة لنيل شهادة لماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2005، ص 19.

[2] زياد أبو حصوة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن،2005، ص20.

[3] صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2005، ص 15.

1-نشأة عقد الاعتماد الإيجاري وتطوره التاريخي

ترجع بعض الآراء الفقهية إلى أن عقد الاعتماد الإيجاري نشأ في العصور القديمة وذلك في مصر الفرعونية منذ 3000 سنة قبل الميلاد، وعرفته الحضارات البابلية في تقنيات حمورابي، ويرجعه البعض إلى السوماريون منذ 2000 سنة قبل الميلاد، ويرجع بعض الفقه أن هذا العقد يستمد جذوره التاريخية من نظام الاستئمان المعروف في القانون الروماني وبمقتضاه يشترط المقترض ملكية الشيء إليه ضمانا لدينه. والرأي السائد يرجع إلى ظهور هذا العقد بوصفه الحالي إلى منتصف القرن العشرين، وبالتحديد سنة 1950 على يد أحد رجال الصناعة الأمريكي "بوث جينيور D.P. Bothe Junior" الذي كان يملك مصنعا صغيرا لإنتاج بعض المواد الغذائية المحفوظة، وتقدمت إليه القوات المسلحة الأمريكية بطلب كميات كبيرة من تلك المواد التي ينتجها مصنعه، وبقدر ما كان العرض مغريا كانت تلبية الطلب غير ممكنة لمحدودية قدرة الإنتاج، مما دفعه إلى التفكير في شراء المعدات للظفر بالصفقة ولكن تبين له الطابع الوقتي للصفقة، وفكر في استئجار المعدات اللازمة، ومن خلال الدراسات التي عكف عليها وجد أن تأجير المعدات والآلات يمكن أن يكون مصدرا للأرباح الطائلة، وفعلا تم تأسيس أول شركة اعتماد إيجاري في و.م.أ سنة 1952[1] والتي عرفت باسم united states leasing corporation، بمعية مجموعة من أصدقائه ثم ما لبث أن انتشر بسرعة كبيرة نتيجة الرخاء الاقتصادي ونسبة السيولة النقدية الكبيرة للأسواق آنذاك والذي ساعد على اقتناء تجهيزات متطورة

[1] هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، الطبعة الثانية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 1998، ص 10.

وانتقل إلى باقي الدول الأوربية وعلى رأسها فرنسا وتم تأسيس أول شركة اعتماد إيجاري عام 1962 والمسماة locafrance والتي أنشأها بنك (Banque de l'indochine)، الأمر الذي دفع بالمشرع الفرنسي إلى إدخاله إلى منظومته القانونية سنة 1966 بموجب القانون 455/66 المؤرخ في 02 جوان 1966 المتعلق بالمؤسسات الممارسة لنشاط الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة وتم تعديله باللائحة التنظيمية رقم 837/67 بتاريخ 28 سبتمبر 1967 والتي أخضعت الشركات العاملة في الاعتماد الإيجاري على رقابة السلطات النقدية، كما أدخل صورة جديدة تتعلق بالأصول غير المنقولة بموجب المرسوم 665/72 بتاريخ 04 جوان 1972، كما نظم عقد الاعتماد الإيجاري للمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية بموجب القانون 12/86 المؤرخ في 06 جوان 1986. ثم انتقل هذا العقد أو ما يسمى بالليزينغ بحسب تسميته الأصلية إلى باقي الدول الأوروبية وذلك عقب الحرب العالمية الثانية في ظل تزايد رأس المال الأمريكي في الدول الأوربية (بلجيكا، ألمانيا، إيطاليا، إسبانيا والدنمارك وغيرها...، ثم انتقل هذا العقد إلى باقي دول شمال إفريقيا وخاصة دول المستعمرات الفرنسية، ومنها المغرب سنة 1965 وتم إنشاء الشركة المغاربية لإيجار المعدات، ثم إلى تونس سنة 1984 وتم تأسيس tuisie leasing، ثم إنتقل إلى مصر وتم النص عليه بموجب القانون 95/ لسنة 1995 والمعدل بالقانون رقم 2001/16 ثم انتشرت هذه التقنية إلى باقي دول العالم إذ أنه يساعد على دفع عملية التنمية الاقتصادية .فعلى المستوى الدولي لم يكن هناك تنظيم لعقد التأجير التمويلي حتى بداية السبعينات إلى أن قام المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص unidroit وذلك لغياب القواعد القانونية الوطنية في هذا الشأن وبدأت جهود المعهد الدولي بوضع اتفاقية خاصة بعقد التأجير التمويلي عام 1974 وبعد الدراسة والمناقشات قامت لجنة الخبراء الحكومية بوضع مسودة الاتفاقية عام 1987 وعرضت على المؤتمر الدبلوماسي الذي انعقد

في أوتاوا بكندا بتاريخ 28 ماي 1988 وتم تبني المسودة وأصبحت اتفاقية أوتاوا دولية ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 01 ماي 1995 [1] وشملت العديد من الدول منها فرنسا إيطاليا كندا نيجيريا وغيرها.

أما في الجزائر فقد أدرجها المشرع الجزائري لأول مرة بموجب المادة 112 فقرة 02 بنصها: "يعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات الإيجار المقرون بحق خيار بالشراء ولا سيما عمليات القرض مع الإيجار" من القانون 10/90 الملغى، والذي يعد الإطار المرجعي لتقنية الاعتماد الإيجاري والذي كان يهدف إلى إعادة هيكلة البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر من خلال توسيع نشاطها وتنويع وظائفها بخلق منتوجات بنكية جديدة، غير أنه هذه التقنية لم تعرف طريقها إلى التطبيق إلا في نطاق محتشم جدا لأسباب تتعلق أساسا بجهل القائمين عليها وتخوفهم من مخاطرها وانعدام الإطار القانوني المنظم لها، وتدخل المشرع الجزائري بموجب الأمر 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996[2]، المتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري وأصدر مرسومين تنفيذيين يتعلقان بشهر عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة وغير المنقولة بموجب المرسوم التنفيذي 90/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والمرسوم التنفيذي 91/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006. [3]

---

[1] صفاء عمر خالد بلعاوي، مرجع سابق، ص 18.

[2] الأمر 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بعقد الاعتماد الايجاري، ج ر، عدد03، 1996 الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 90/06 المؤرخ في 20 فيفري المتعلق بإشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة ومرسوم تنفيذي رقم 91/06 المؤرخ في 20 فيفري المتعلق بإشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة، ج ر، عدد10، الصادرة بتاريخ 26 فيفري 2006.

2-تعريف عقد الاعتماد الإيجاري

نظرا لتشـــابك العلاقات القانونية في عقد الاعتماد الإيجاري اختلف الفقه في وضـــع وإعطاء تعريف موحد لهذه التقنية لكونه يمثل صـــورة مركبة ومعقـدة ومتشـــابكـة من العلاقـات القـانونيـة، وقبـل التعرض إلى التعريف الفقهي والتشريعي سنعرض التعريف اللغوي.

2-1-التعريف اللغوي:

فكلمـة leasingمصـــطلح إنجليزي في الأصـــل ويقـابلـه في الترجمـة الفرنسية CreditBail، وكلمة Leasingمن أصل كلمة Toleaseبمعنى "أجر" وهو مصـــطلح يغطي معنى أنواع الإيجـار ذات الطبيعـة المـاليـة ولهـذا يقول الأســتاذ "شــمبو" على أنه يجب أن نقر بأن الليزينغ تعســرت ترجمته فالكلمة الموافقة له غير موجودة في اللغة الفرنســية لأن عمليته لا توجد في القانون الفـرنســي". أمـا كلمـة creditbailفهي مركبـة من كلمتين credit وbail وكلمة bail مشـــتقة من اللاتينية balluim والتي تعني اتفاق بموجبه يتنازل الحائز الشـرعي أو المالك عن الانتفاع بالعقار أو المنقول بشـروط خاصـة وثمن محدد، وكلمة creditفهي مشـــتقة من كلمةcredium والتي تعني أجل للوفاء[1] وهي تعني إيجـار مشـــفوع ببيع محتمل لأجل. والترجمـة الحرفيـة للمصـــطلح الفرنسيbail- credit هي الائتمان الإيجاري، والتي يراها الدكتور هاني دويدار أكثر انضـــباطا من مصـــطلح التأجير التمويلي، الذي تبناه القانون المصـــري

[1] خـدروش الـدراجي، النظـام القـانوني لعقـد الاعتمـاد الايجـاري في التشـــريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2009 ص 19.

أو الإيجار التمويلي الذي تبناه القانون اللبناني[1]،حيث أن جوهر العملية يتمثل في منح الائتمان أي الثقة الذي يأخذ من الوجهة القانونية شكل الإيجار ويبدو الاختلاف جليا من زاوية تحديد مدى خضوع عمليات التأجير التمويلي للقواعد المنظمة للأنشطة الائتمانية. ولعقد الاعتماد الإيجاري مسميات عديدة منها: الائتمان الإيجاري، القرض الإيجاري، الإيجار التمويلي، الليزينغ، التأجير التمويلي، الاعتماد الإيجاري.

2-2-التعريف الفقهي:

اختلف الفقه القانوني في تعريفه لعقد الاعتماد الإيجاري وإعطاءه الوصف القانوني المحدد والشامل ويعود اختلافهم جراء تداخل العلاقات القانونية المترتبة عنه وتشابكها في أحيان كبيرة، فهو مزيج من عمليات تعاقدية مختلفة أدت إلى وجود نظام قانوني مركب له خصائصه المتميزة. ولعل السبب في صعوبة تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد هو كونه يجمع العديد من القواعد القانونية الخاصة لبعض العقود المسماة بالإضافة إلى تشابك العلاقات القانونية المتولدة عن هذا العقد[2]، وذهب الدكتور مصطفى رشدي شيحة إلى القول بأن عقد الاعتماد الإيجاري "عملية إيجار لمدة طويلة تنتهي بحق الاختيار للمستأجر بالشراء من عدمه مع مراعاة الأقساط المدفوعة"[3]. ويلاحظ من هذا التعريف أنه تضمن الإشارة إلى حق

[1] صفاء عمر خالد بلعاوي، مرجع سابق، ص14.

[2] رضوان فايز نعيم، عقد التأجير التمويلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر،1997، ص 44.

[3] صخر أحمد الخصاونة، مرجع سابق، ص25.

المستأجر في تملك الأشياء محل العقد إلا أنه لا يمكن التسليم به لأن المستأجر له الحق في الخيارات الثلاث: الرد أو الشراء أو التجديد، وذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أن عقد الاعتماد الإيجاري نظام مركب من بعض القواعد القانونية المستمدة من بعض العقود التقليدية. وهو وسيلة تمويل بمقتضاها تقوم المؤسسة المالية بتأجير بعض المعدات أو الآلات لعملائها مع تطبيق أحكام عقد الإيجار في العلاقة التعاقدية بينهم"، وهو "وسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية التي تعد من الأنظمة القانونية المركبة"[1].

2-3-التعريف التشريعي:

لم تتخذ التشريعات القانونية موقفا موحدا إزاء مفهوم عقد الاعتماد الإيجاري وليس هناك مفهوم قانوني موحد في التشريعات المختلفة بل إن مفهومه يختلف من تشريع لآخر لاختلاف البيئة الاقتصادية واحتياجاتها، ولذلك اختلف مفهومه في الأنظمة الانجلوسكسونية عن الأنظمة اللاتينية[2]. ففي الأنظمة الانجلوسكسونية وأشهرها الولايات المتحدة الأمريكية فقد نظمت أحكام عقد الاعتماد الإيجاري في التقنين التجاري الموحد حيث نصت المادة 103-2 a من التقنين التجاري الموحد uniform commercial code بأنه "تأجير لا يتيح للمؤجر اختيار أو تصنيع أو توريد البضائع محل العقد بل يتعاقد مع طرف ثالث يلتزم بتوريد

[1] صخر أحمد الخصاونة، مرجع سابق، ص25.

[2] محمد عايد الشوابكة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ،2011، ص 28.

البضائع فيتملكها المؤجر بقصد تأجيرها للمستأجر"[1]. وعرفه المشرع الجزائري في المادة الأولى من الأمر 09/96 المتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري على أنه "يعتبر الاعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاصا طبيعيين أم معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص وتكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر و تتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بالمؤسسات الحرفية" . كما اعتبر بموجب المادة الثانية في الفقرة 01 على أنه "تعتبر عمليات الاعتماد الإيجاري عمليات قرض لكونها تشكل طريقة تمويل اقتناء الأصول المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه أو استعمالها".

وعرفته أحكام المادة 07 من الأمر 09/96 على أنه "يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عقدا تمنح من خلاله شركة التأجير البنك أو المؤسسة المالية المسماة بالمؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمتعامل اقتصادي شخصا طبيعيا كان أو معنويا يدعى المستأجر كما يترك لهذا الشخص إمكانية اكتساب كليا أو جزئيا الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئيا الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار".

[1] محمد عايد الشوابكة، مرجع سابق، ص 29.

ونصـــت كذلك أحكام المادة 08 من نفس الأمر على أنه "يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصـــول غير المنقولة عقدا يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر وعلى شـــكل تأجير لصـــالح طرف يدعى المســـتأجر مقابل الحصـــول على إيجارات ولمدة ثابتة أصـــولا ثابتة مهنية اشـــتراها أو بنيت لحســـابه مع إمكانية المستأجر في الحصـول على ملكية مجمل الأصـول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصـــاه انقضـــاء مدة الإيجار ويتم ذلك في صـــيغة من الصـــيغ المذكورة أدناه:

- عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد.
- عن طريق الاكتســـاب المباشـــر أو غير المباشـــر حقوق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة.
- عن طريق التحويل قانونا ملكية الأصـــول التي تم تشـــييدها على الأرض والتي هي ملك المستأجر.

وكذلك نص المادة التاســـعة من نفس الأمر على أنه "يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري المتعلق بمحل تجاري أو بمؤســـســـة حرفية ســـندا يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر على شـــكل تأجير مقابل الحصـــول على إيجارات ولمدة ثابتة لصـــالح طرف يدعى المســـتأجر محلا تجاريا أو مؤســـســـة حرفية من ملكه مع الوعد من جانب واحد بالبيع لصـــالح المســـتأجر وبمبادرة منه عن طريق دفع ســـعر متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار على لأقل جزئيا الأقســـاط التي تم دفعها بموجب الإيجارات مع انعدام إمكانية المســـتأجر في إعادة تأجير المحل التجاري أو هذه المؤســـســـة الحرفية لصـــاحب الملكية الأول".

3-خصائص عقد الاعتماد الإيجاري

يتميز عقد الاعتماد الإيجاري بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود المشابهة له وتقسم إلى خصائص عامة وخصائص خاصة:

3-1-الخصائص العامة: وتتمثل فيما يلي:

3-1-1-عقد ملزم للجانبين: (من العقود التبادلية): فهو من العقود التي تنشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين (حقوق والتزامات متبادلة) في ذمة المؤجر والمستأجر، فيلتزم المؤجر بتمويل المشروع الاستثماري لطالب التمويل وتمكينه من الانتفاع بالأصل المؤجر حسب الغرض التي أعدت له مقابل التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة في المواعيد المتفق عليها[1].

3-1-2-عقد معاوضة: والمقصود هو أن يأخذ كلا من المتعاقدين مقابلا لما يعطيه فالمؤجر يقوم بتمويل الأصل المؤجر (معدات، أدوات إنتاج) مقابل الحصول على بدل الإيجار إضافة إلى هامش ربح.

3-1-3-من العقود الزمنية: وذلك لأنه يبرم لفترة زمنية محددة في العقد وحسب العمر الإنتاجي للأصل المؤجر، فالزمن يعتبر عنصرا أساسيا فيه ولا يبرم لفترة غير محدودة[2].

---

[1] بسام هلال مسلم القلاب، التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، الطبعة الاولى، دار الراية للنشر والتوزيع، الاردن، 2009، ص 23.

[2] نفس المرجع، ص 24.

3-2-الخصائص الخاصة:

وتتمثل الخصائص الخاصة فيما يلي:

3-2-1-خاصية التمويل العيني:

والمقصـــود هو توفير المال اللازم للمســـتأجر ســـواء عقار أو منقول بحســـب الشـــروط التي يريدها المســـتأجر والتمويل هو من أصـــل كلمة "مال" أي توفير المعدات أو أدوات الإنتاج بحســـب المواصـــفات التقنية، فوظيفة المؤجر هي تغطية ثمن شراء الأصل المؤجر من المورد أو المنتج أو البائع ووضعه تحت حيازة المســـتأجر للانتفاع به حســـب المدة المتفق عليها وبأقســـاط أجرة محددة مسبقا.

3-2-2-خاصيته المالية والتجارية وعملية قرض:

فعقد الاعتماد الإيجاري ذو طابع مالي وذلك لأن أساسا ارتباط المؤجر مع المســـتأجر هو علاقة مالية تتمثل في أقســـاط الأجرة التي يلتزم المســـتأجر بدفعها للمؤجر طوال مدة العقد وهو ذو طابع تجاري على أســـاس أن المؤجر (بنك، مؤســـســـة مالية، شـــركة اعتماد إيجاري) هي شـــركات تجارية تهدف إلى تحقيق الربح وعملياتها تجارية وهو عملية قرض طبقا لنص المادة 70 من القانون النقدي والمصـــرفي [1]بنصـــه "**يشـــكل عملية قرض في مفهوم هذا القانون كل عمل لقاء عوض يضـــع بموجبه شـــخص ما أو يعد بوضـــع**

[1] القانون النقدي والمصـــرفي 23-09 المؤرخ في 21 يونيو 2023 يتضـــمن القانون النقدي والمصرفي جريدة رسمية عدد 43 الصادرة في 27 يونيو 2023.

أموال تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان وتعتبر بمثابة عمليات قرض عمليات التخصيم وعمليات الايجار المقرونة بحق خيار بالشراء لا سيما عمليات القرض الإيجاري وتمارس صلاحيات المجلس إزاء العمليات المنصوص عليها في هذه المادة".

3-2-3-الخيار الثلاثي للمستأجر عند نهاية العقد:

فللمستأجر عند نهاية العقد خيارات ثلاث حسب المادة 16 من الأمر 09/96 فيمكن للمستأجر عند انقضاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء وبتقدير منه فقط إما أن يشتري الأصل المؤجر مقابل دفع قيمته المتبقية كما تم تحديدها في العقد وإما أن يعيد تجديد الإيجار لفترة ومقابل دفع إيجار تتفق عليه الأطراف وإما أن يرد الأصل المؤجر للمؤجر.

3-2-4-خاصية الاعتبار الشخصي:

فعقد الاعتماد الإيجاري من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي في شخص المستأجر، لكونه قائم على الثقة التي يضعها المؤجر التمويلي فلا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الانتفاع وعدم إعادة تأجير الأصل المؤجر دون موافقة صريحة من المؤجر حسب أحكام المادة 39 فقرة 10 من الأمر 09/96.

4-انعقاد عقد الاعتماد الإيجاري

إن الأصل في العقود هي الرضائية بحيث يكفي لانعقادها مجرد تراضي المتعاقدين أي اقتران الإيجاب بالقبول على ماهية العقد ومحله والمدة والأجرة لإبرام هذا العقد، وهو أيضا المبدأ السائد في مجال العقود التجارية والذي يحكم عقد الاعتماد الإيجاري فلا تحتاج إلى شكل معين لإبرامها. فينعقد عقد الاعتماد الإيجاري بتوافر جملة من الأركان الموضوعية العامة الواجبة لصحة العقود حسب القواعد العامة متمثلة في الرضا والمحل والسبب وأركان شكلية متمثلة في الكتابة والشهر.

4-1-الأركان الموضوعية لعقد الاعتماد الإيجاري:

4-1-1-الرضا:

باعتبار عقد الاعتماد الإيجاري من العقود الرضائية فيكفي لانعقاده تطابق الإيجاب والقبول وتوافق إرادة طرفي العقد ويكون الرضا صحيحا خال من العيوب التي تعتريه كالغلط والتدليس والإكراه والغبن وإلا كان العقد مشوبا بعيب من عيوب الإرادة.

4-1-2-محل العقد:

وهو العملية القانونية التي وقع عليها تراضي طرفي العقد وهي تمكين المستأجر من الانتفاع بالأصل المؤجر ويتعلق الأمر بالأصول المنقولة سواء معدات إنتاج أو أدوات عمل وغير المنقولة كالعقارات بطبيعتها المبنية أو التي ستبنى والعقارات بالتخصيص حسب أحكام المادة 04 من الأمر 09/96 وكذا بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية ذات الاستخدام المهني أو الإنتاجي لا للاستهلاك الشخصي أو الأموال الاستهلاكية. فمحل العقد ذو طبيعة خاصة وذلك لكونه يساهم في خصوصية العقد لكونه وسيلة لتمويل المشاريع الاستثمارية[1].

[1] عبد الرحمن السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، دار النهضة، مصر، 1999، ص 38.

2-4-السبب:

وهو الدافع أو الباعث المؤدي إلى التعاقد ويشـــترط أن يكون الدافع مشـــروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان العقد باطلا لتخلف أحد أركانه حســـب المادة 97 من القانون المدني والســـبب هو الغرض المباشر والمقصود من العقد ويتمثل برغبة أو حاجة المستـــأجر في تمويل شراء المال لإنشـــاء الاســـتثمار أو تحديثه أو توفير المال له وتحقيق الربح باســـتثمار مضمون بالنسبة للمؤجر ويشترط أن يكون السبب موجودا ومباحا[1].

1-2-4-أطراف عقد الاعتماد الإيجاري:

إن أطراف العقد من الناحية القانونية تتمثل في المؤجر والمســـتأجر التمويلي:

1-1-2-4-المؤجر: حـدد المشـــرع الجـزائري المؤجـر في نـص المـادة الأولى من الأمر 09/96 المتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري على سـبيل الحصـر والمتمثل في البنك والمؤسسـة المالية وشركات الاعتماد الإيجاري المؤهلة قانونا والمعتمدة صراحة.

[1] محمد عايد الشـــوابكة، عقد التأجير التمويلي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 112.

4-2-1-2-البنك: ويمكن تعريفها بأنها "مؤسسات تمتهن الوساطة في تداول النقد والائتمان بقصد الربح"[1].أو هي "منشأة مالية تنصب عملياتها الرئيسية على تجميع النقود الفائضة عن حاجة الجمهور أو منشآت الأعمال أو الدولة، لغرض إقراضها للآخرين وفق أسس معينة، أو استثمارها في أوراق مالية محددة"[2].

كما عرف البعض الآخر البنك انطلاقا من الغاية الأساسية التي ترتبط بالعمل الذي أنشئ من أجله، والتي هي بوجه خاص تجارة النقود بأنه " تاجر نقود يتوسط بين الرأسماليين من جهة، الذين يودعون أموالهم في المصارف هادفين إلى استثمارها والمحافظة عليها، وبين التجار الذين يحتاجون إلى النقود لتمويل مشاريعهم التجارية، من جهة أخرى كما عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 75 من القانون النقدي والمصرفي 09/23[3] بنصه "البنوك مخولة دون سواها بصفة مهنتها الاعتيادية بجميع العمليات المبينة في المواد من 68 إلى 70 و76 و77 من هذا القانون".

4-2-2-المؤسسات المالية:

وعرفها المشرع الجزائري في المادة 78 من القانون النقدي والمصرفي 09/23 بنصه: "لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم ولا إدارة وسائل الدفع ووضعها تحت تصرف زبائنها وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى".

---

[1] جاك يوسف الحكيم. الحقوق التجارية، الجزء الثاني، جامعة دمشق، سوريا،1988، ص 300.

[2] فلاح حسن الحسيني، ومؤيد عبد الرحمان الدوري، إدارة البنوك مدخل كمي واستراتيجي معاصر، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن ،2000، ص 33.

[3] القانون النقدي والمصرفي 23-09 سابق الذكر.

4-2-3-شركات الاعتماد الإيجاري:

المؤهلة قانونا والمعتمدة صراحة واشترط المشرع أن تتخذ شكل شركات مساهمة وأن لا يكون مؤسسوها ومسيروها وممثلوها موضوع أي منع منصوص عليه وتحصل شركة الاعتماد الإيجاري على قرار اعتمادها من محافظ بنك الجزائر وينشر في الجريدة الرسمية حسب النظام 06/96[1] الذي يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها.

4-3-المستأجر:

وكما سماه المشرع الجزائري المتعامل الاقتصادي ويكون شخص طبيعي أو معنوي تابع للقانون العام أو الخاص وطني أو أجنبي.

5-الشروط الشكلية في عقد الاعتماد الإيجاري

إن عقد الاعتماد الإيجاري من العقود الرضائية التي تنعقد بتوافر الأركان الموضوعية دون الحاجة إلى شكل معين إلا أن العرف استقر على أن يفرغ عقد الاعتماد الإيجاري في محرر مكتوب واعتبار الشكلية استثناء لا يتقرر إلا بنص صريح وأن يخضع لإجراءات خاصة قصد شهره لتمكين الجمهور من الاطلاع عليه.[2] ويعتبر عقد الاعتماد الإيجاري عقدا تجاريا يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات في المواد التجارية طبقا لنص المادة 30 من القانون

---

[1] نظام 06/96 المؤرخ في 03 جويلية 1996 يحدد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها، ج ر عدد66 الصادرة بتاريخ03 نوفمبر 1996.

[2] بسام هلال مسلم القلاب، التأجير التمويلي دراسة مقارنة، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص 162.

التجاري سواء بسندات رسمية أو عرفية أو فاتورة مقبولة أو برسائل الطرفين أو بالبينة. إلا أن المشرع نص على ضرورة تنظيم العقد خطيا، وخرج المشرع عن القاعدة العامة وهذا الخروج اقتضته ضرورات اقتصادية وفنية هامة أملت كتابة العقد حتى يعرف المتعاقدين متى يبدأ العقد ومتى ينتهي وغيرها من المسائل التفصيلية، التي لا يمكن التحكم بها إلا إذا كانت مكتوبة[1].

5-1-الشروط الشكلية في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة:

نظم المشرع الجزائري عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة في نص المادة 07 من الأمر 09/96 بنصها يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عقدا تمنح من خلاله شركة التأجير البنك أو المؤسسة المالية المسماة بالمؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمتعامل اقتصادي شخصا طبيعيا كان أو معنويا يدعى المستأجر كما يترك لهذا يترك لهذا الشخص إمكانية اكتساب كليا أو جزئيا الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئيا الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار فهو يرد على المعدات الإنتاجية وأدوات العمل ولا يشمل السلع الاستهلاكية.

[1] صخر أحمد الخصاونة، مرجع سابق، ص 100.

5-1-1-الكتابة العرفية:

إن الكتابة ليست ركنا من أركان العقد وإنما شرط للإثبات أما من الناحية الواقعية فقد درج العمل على أن يكون العقد مكتوبا وذلك لأسباب هامة منها أن المشرع أراد أن يحقق لهذا العقد نوعا من الإعلان، فأخضعها لإجراءات شهر خاصة[1]. وضعف التنظيم القانوني لهذا العقد وكثرة البنود التي لا يجب أن تترك بدون تدوين، وحتى يعرف كل طرف التزاماته وحقوقه، مما يجنب الأطراف منازعات طائلة هم بغنى عنها .فبموجب أحكام المادة الثالثة من الأمر 09/96 يعرف عقد الاعتماد الإيجاري على أساس أنه منقول عندما يخص أصولا منقولة تتشكل من تجهيزات أو مواد أو أدوات ضرورية لنشاط المتعامل الاقتصادي وبدليل نص المشرع في المادة 05 من الأمر 09/96 التي عرفت عقد الاعتماد الإيجاري على أساس أنه وطني عندما تجمع العملية...إما ممضى بين متعامل اقتصادي مقيم في الجزائر وشركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية غير مقيمة في الجزائر. ويكون هنا المشرع قد تطرق إلى الإمضاء من طرفي العقد فقد يتطلب القانون في هذه الحالة الكتابة كوسيلة إثبات فاعتبر المشرع الكتابة العرفية وسيلة إثبات العقد وليست شرطا للانعقاد فلا يترتب البطلان على تخلفها وهي وسيلة هامة لتنظيم العلاقات الناشئة عنه فغالبا ما يكون محل العقد معدات وآلات إنتاجية مرتفعة الثمن وهي تبقى في حيازة المستأجر فينخدع الغير بها والحكمة من اشتراط الكتابة يعتبر كمقدمة ضرورية لإجراءات الشهر إذ سيتعذر

[1] علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 110.

استكمال هذه الإجراءات ما لم يفرغ العقد في محرر مكتوب هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فهي لحسم ما قد ينشأ من نزاع بين طرفي العقد ويتضمن العقد عناصر متعددة وشروطا تفصيلية يتعذر على المتعاقدين الإحاطة بتفاصيلها كافة لاسيما وأن عقد الاعتماد الإيجاري بمختلف أنواعه يستغرق وقتا طويلا لتنفيذ العقد قد يؤدي إلى احتمال نشوء نزاعات[1]. كما نجد أن هذا العقد يستمر لفترة زمنية تتراوح بين ثلاث سنوات وخمس سنوات، فالكتابة وان كانت عرفية تحول دون إثارة أي إشكالات قانونية قد تطرأ مستقبلا حول العقد وشروطه وهي وسيلة لإثباته أو مفترض ضروري[2]، لذلك درج العمل على كتابة العقد على نحو تفصيلي واضح يقطع كل شك قد يدور حول مضمونها لكي يتم تسجيله في سجل التأجير التمويلي للاحتجاج به في مواجهة الغير، ولكي يعلم طرفا العقد الالتزامات المترتبة بذمة كل منها تجاه الآخر[3].

وبالتالي فان الكتابة العرفية في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة هي لضمان حقوق كلا الطرفين في الإثبات ولها وظيفة شكلية هنا كأداة إثبات وليست ركنا من أركان العقد فإذا لم يكن مكتوبا [4]فلا يترتب عليه بطلان العقد وإنما يعتبر العقد صحيحا ولكن لا يجوز الاحتجاج به تجاه الغير إلا إذا كان مكتوبا. وسعى المشرع من وراء ذلك إلى حماية دائني المستفيد من الانسياق وراء مظهر اليسار الذي يحدثه وجود هذه الأصول في حيازته،

---

[1] علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص111.

[2] بسام هلال مسلم القلاب، مرجع سابق، ص 165.

[3] علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 111.

[4] بسام هلال مسلم القلاب مرجع سابق، ص 165

فحيازة المدين للأصـــول الإنتاجية وخصـــوصـــا إذا كانت منقولات قد تدخل في روعهم أن هذه المنقولات مملوكة له إعمالا لقاعدة الحيازة في المنقول ســند الملكيــة فيمنحونــه ائتمــانهم حتى إذا طلبوا التنفيــذ على أموالــه وجــدوا هذا الضمان سرابا وأن ذمته المالية فارغة من العناصر الايجابية، التي تصلح للتنفيذ وحقيقة الوضـع العرضـي لحيازة المسـتفيد للأصـل المؤجر، فتطلبت أغلب التشـــريعات ضـــرورة كتابة العقد وشـــهره، وقد نص المشـــرع الأردني[1] صـــراحة على كتابة عقد الاعتماد الإيجاري وذلك في نص المادة الســـادســـة من قانون التأجير التمويلي بنصـــه على أنه يتم تنظيم العقد خطيا بين المؤجر والمسـتأجر بحيث يتضـمن بيانات وافية ومفصـلة عن المأجور وحالته وأطراف العقد ومدته وشـــروطه ويتم تسـجيل هذه البيانات وتسـجيل أي تغيير يطرأ عليها في السجل لدى الوزارة.

أما المشـــرع الجزائري فنجده أنه أخضـــع عمليات الاعتماد الإيجاري لإجراءات الشـهر، مما يتطلب بدوره كتابة هذا العقد حتى يتم تسـجيله وقيده في ســجل العقود، وهو ما اســتقر عليه العرف، وهو ما نص عليه المشـــرع المصـــري فـقـد نصـــت المـادة 03 من الـقـانـون 95/95 المعـدل والمتـمم في 2001[2]، بنصـــهـا تعـد الجهـة الإداريـة المختصـــة ســـجلا لقيـد المؤجرين كما تعد ســجلا آخر لقيد عقود التأجير التمويلي التي تبرم أو تنفد في مصـــر أو يكون أحد أطرافها مقيما فيها.

[1] زياد أبو حصوة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة، دار الرأي، الأردن ،2005، ص 102.
[2] عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص57.

5-1-2-البيانات الجوهرية في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة:

نص المشـــرع الجزائري على مجموعة من البيانات الإلزامية الواجب توافرها والتي تطرق إليها في القســـم الثاني للأمر 09/96 بعنوان البنود الملزمة في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة في المادة الحادية عشر بنصها يجب أن يشـير عقد الاعتماد الإيجاري للأصـول المنقولة الموافق للاعتماد الإيجاري المالي تحت طائلة فقد هذه الصفة إلى:

- ✓ مدة الإيجار.
- ✓ مبلغ الإيجار.
- ✓ حق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند انتهاء العقد.
- ✓ القيمة المتبقية من سعر اقتناء الأصل المؤجر.

وحرصـــا من المؤجر على حمـاية حقوق المؤجر والمســـتـأجر والغير والذي يتعامل معه أوجب المشـرع ضـرورة القيد في السـجل ووضـع ملصـقات تتضـمن بيانات تفيد ملكية هذه الأموال إلى المؤجر وأنها مسـتعملة في المشـروع بموجب عقد اعتماد ايجاري[1].

أما البيانات الاختيارية الخاصـــة في عقد الاعتماد الإيجاري للأصـــول المنقولة المنصوص عليها في المادة 17 من الأمر 96/ 09 فيمكن أن ينص العقد باختيار الأطراف المتعاقدة على الشروط المتعلقة بما يأتي:

- ✓ التزام المستأجر بمنح المؤجر ضمانات أو تأمينات عينية أو فردية

[1] صخر أحمد الخصاونة، مرجع سابق، ص104.

✓ إعفاء المؤجر من المسؤولية المدنية تجاه المستأجر أو تجاه طرف آخر في كل المرات التي لا يحدد فيها القانون هذه المسؤولية على أساس أنها من النظام العام ويترتب عنها بطلان الشرط التعاقدي الخاص به

✓ إعفاء المؤجر من الالتزامات الملقاة عادة على عاتق صاحب الملكية الأصل المؤجر وبصفة يعد مقبولا قانونا كل بند يجعل من المستأجر يتكفل بوضع الأصل المؤجر ويتحمل النفقات والمخاطر كذلك الالتزام بصيانة هذا الأصل وإصلاحه والالتزام باكتتاب تأمين.

كما يمكن أن يحتوي عقد الاعتماد الإيجاري أيضا اشتراط ما يأتي عملا بنص المادة 18 من نفس الأمر:

✓ تنازل المستأجر عن فسخ الإيجار أو تخفيض سعر الإيجار في حالة إتلاف الأصل المؤجر لأسباب عارضة أو بسبب الغير.

✓ تنازل المستأجر عن ضمان الاستحقاق وعن ضمان العيوب الخفية.

✓ إمكانية المستأجر بمطالبة المؤجر تبديل الأصل المؤجر في حالة قدم طرازه خلال مدة عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

وعليه تمكن الكتابة العرفية من معرفة إرادة الأطراف حول ما اتفق عليه، حيث أن العقد من العقود الملزمة للجانبين والتي يترتب عليها وجود التزامات متبادلة بين طرفي العقد، فوجود الكتابة أمر يسهل بالتالي معرفة كل طرف لما له ولما عليه وبالتالي يمكن الرجوع إلى العقد لتفسير وبيان هذه الالتزامات كلما اقتضى الأمر ذلك، كما أنها تمثل الوسيلة التي تمكن المؤجر من تسجيل العقد لغايات تمكين الجمهور من الاطلاع عليه، فعقد الاعتماد الإيجاري غير المكتوب يعني حتما عدم تصور وجود قانوني له،

وبالتالي لا يمكن لهذا العقد أن يحدث أثره على مسرح الحياة الاقتصادية تحقيقا للغرض الذي وجد من أجله[1]. وكما يقول الدكتور الياس ناصيف على أنه لا يعتبر عقد التأجير التمويلي من العقود الشكلية إذ أن المشرع لم يشترط كتابته ولم يرتب البطلان على تخلفها مع ذلك تعتبر الكتابة وسيلة لإثبات العقد وليست ركنا من أركانه[2].

5-1-3-الشهر القانوني:

عملا بنص المادة 06 من الأمر 09/96 فنص المشرع على "أنه تخضع عمليات الاعتماد الإيجاري إلى إشهار تحدد كيفياته عن طريق التنظيم". فرغم أهمية الشهر القانوني إلا أن المشرع تأخر عن إصدار المرسوم التنفيذي الخاص بالشهر بعد مدة فاقت 10 سنوات.

ويقصد بالإشهار القانوني حسب نص المادة 12 من القانون 08/04 المؤرخ في 18 أوت 200 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية: "للأشخاص الاعتباريين اطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات وكذا العمليات التي رأس مال الشركة ورهون الحيازة وإيجار التسيير وبيع القاعدة التجارية وكذا الحسابات والإشعارات المالية "[3]. وفي هذا الإطار أصدر المشرع مرسوم تنفيذي رقم 90/06 بخصوص شهر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة فيترتب على إبرام عقد الاعتماد

---

[1] صخر أحمد الخصاونة، مرجع سابق، ص101.

[2] نفس المرجع، ص101.

[3] القانون 08/04 المؤرخ في 18 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر عدد 52 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2004.

الإيجاري وتنفيذه حيازة المستأجر للمأجور للانتفاع به، وهذه الحيازة من شأنها أن تخلق وضعا ظاهرا يوحي للغير بملكية المستأجر للمأجور لاسيما إذا كان الأصل منقولا، مما يلحق ضررا بالمؤجر التمويلي، لذلك فان شهر وتسجيل عقد الاعتماد الإيجاري على مستوى ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري وهو إجراء لاحق على تكوين العقد، لكي ينتج العقد الأثر الذي يسعى إليه. وحددت المادة 02 من نفس المرسوم الجهة المكلفة بضمان الشهر القانوني لعمليات الاعتماد الإيجاري وهي المركز الوطني للسجل التجاري أو أحد فروعه المحلية لمكان تواجد الأصول المؤجرة، وذلك بإعداد سجل عمومي خاص لضمان الشهر القانوني لعقود الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة والمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية، وقيد هذه العمليات ومسكها من خلال طلبات تسجيل العقود على جداول نموذجية، وإلزام أعوان الملحقات المحلية للمركز بمسك هذه السجلات وذلك بهدف إعلام الكافة بإبرام العقد واطلاع الجمهور عليها. وألزمت المادة 03 من نفس المرسوم التنفيذي المذكور المؤجر بالقيام بعملية القيد خلال ثلاثين يوما من إمضاء العقد، فيتعين على المؤجر أن يقوم بقيد كل عقد للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة في السجل المفتوح لهذا الغرض على مستوى ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري التي تم لديها تسجيل المؤجر مع ذكر كل التعديلات المتعلقة بالبيانات التي تم قيدها في السجل المذكور في المادة الثانية أعلاه، مع التأشير على هامش القيد بالتسجيلات الموجودة على هامش صفحة القيد في السجل الخاص الممسوك من طرف مأموري السجل التجاري، وعندما تؤدي التعديلات الواردة إلى تغيير الاختصاص الإقليمي للمركز الوطني للسجل التجاري يجب على المؤجر أن يقوم بقيد التعديلات في سجلات ملحقة المركز

الوطني للسـجل التجاري المختص إقليميا حسـب المادة 05 من المرسـوم التنفيذي المذكور. كما نص المشرع على حالات الشطب طبقا لأحكام المادة 06 من المرسـوم التنفيذي المذكور أعلاه بنصـه على أنه يجب شـطب قيد العقد من السـجل الخـاص بشـهر عقود التـأجير التمويلي للمنقولات إمـا بنـاءا على ما يقيد اتفاق الأطراف على ذلك وإما بناءا على حكم أو قرار حائز لقوة الشيء المقضي فيه أو بانقضاء الإيجار عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد أو في حالة ما إذا قرر المسـتأجر حق الخيار بالشـراء في التاريخ المتفق عليه عن طريق رسالة مضمونة الوصول خلال 15 يوما على الأقل قبل هذا التاريخ. وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 02 من المرسوم رقم /72665 المؤرخ في 4 يوليو 1972 ينظم إجراءات شـهر عمليات الإيجار التمويلي الواردة على المنقولات والعقارات على السـواء كما أن تحديد المدة التي يجب أن يتم خلالها تسـجيل العقد من شـأنه أن يؤدي إلى اسـتقرار المعاملات التجارية وحماية الغير الذي يتعامل مع المسـتأجر إذا كان المحل منقولا[1]. وعملا بنص المادة 02 من المرسـوم التنفيذي90/06 بنصـها يكلف المركز الوطني للسـجل التجاري لضمان الشهر القانوني لعمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة والاعتماد الإيجاري المتعلق بالمحلات التجارية والمؤسـسـات الحرفية في مفهوم المادتين السابعة والتاسعة من الأمر وذلك من خلال:

- ✓ إعداد سجل عمومي لعمليات الاعتماد الإيجاري ومسكه.
- ✓ مسك هذه السجلات واطلاع الجمهور عليها تحت السلطة المباشرة لأعوان الملحقات المحلية للمركز وتنظيم ذلك.

[1] علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 111.

إن الهدف من تسـجيل عقد الاعتماد الإيجاري على مسـتوى ملحقة المركز الوطني للسـجل التجاري هو إعلام الغير عن حسـن النية الذي يتعامل مع المسـتأجر المسـتفيد وحماية مصـالحه، فيكون على بينة من أمره باعتبار أن العقد يرتب حيازة المسـتأجر للآلات وأدوات الإنتاج التي اشـتراها المؤجر بناءا على طلب المسـتأجر، وحتى لا يظن دائني المسـتأجر أن هذه المعدات هي ملك للمسـتأجر، حيث أن هذه العلاقة التجارية لا يحتج بها إلا في مواجهة طرفي العقد، لذلك يتم اللجوء إلى قيده في سـجلات خاصـة حتى يتم توفير الحماية لهذا الغير.[1]

إن الشـهر القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري ليس إلا طريقا لإعلام الغير بحقيقة المركز المالي للمشـروع المستفيد، حتى لا ينخدع بمظهر اليسـار، فيلتبس عليه الأمر ويمنح له ثقته، مما قد يضـر في النهاية به عندما تنكشـف الحقيقة ويسترد المؤجر الأصل المؤجر.[2]

ولم يحدد المشـرع الجزائري الآثار المترتبة على تخلف إجراء الشـهر على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري سواء عدم القيد نهائيا أو التأخر في إجراءه في الأجل المحدد وما يؤخذ على المشـرع هو عدم النص على الجزاء. أما بخصوص المشرع الفرنسي فقد أوضحت المادة 08 من المرسوم 665/72 المؤرخ في 8 يوليو لسـنة 1972 المتعلق بشـهر عمليات التـأجير التمويلي للمنقولات الفرنسـي[3]. على الجزاء المترتب هو عدم اسـتطاعة المؤجر سـواء

[1] هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 175.
[2] علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 115.
[3] زياد أبو حصوة، مرجع سابق، ص 105.

البنك أو المؤسسة المالية أو شركة الاعتماد الإيجاري المؤهلة قانونا والمعتمدة صراحة في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة بالاحتجاج في مواجهة الغير من دائني المستفيد المستأجر، ولا في مواجهة خلفه الخاص الذي تلقى منه حقا عينيا بمقابل أو بعوض على هذه الأشياء المؤجرة إذا لم تستوف إجراءات الشهر القانوني بقيد العقد في السجل المعد لذلك بقولها "لا تستطيع شركة التأجير التمويلي المؤجرة أن تحتج في مواجهة الغير من دائني المستفيد المستأجر ولا في مواجهة خلفه الخاص الذي تلقى منه حقا عينيا بمقابل على هذه الأشياء المؤجرة إذا لم تستوف إجراءات التسجيل القانوني بقيد عقود التأجير التمويلي في السجل المعد لذلك لدى المحكمة التجارية أو المحكمة الابتدائية التي تضم دوائر تجارية والتي تقع في دائرتها المركز الرئيسي للمستفيد المستأجر"

وعلى ذلك إذا تخلف المؤجر عن إجراء التسجيل القانوني لعقد التأجير التمويلي للمنقولات فانه وكنتيجة لإهماله لواجبه فيعاقب بعدم قبول احتجاجه بملكية هذه المنقولات، التي ورد عليها هذا العقد في مواجهة الغير من دائني المستفيد المستأجر، ولا في مواجهة خلفه الخاص، ومن مصلحة المؤجر أن يستعجل في عملية القيد ابتداءا من تاريخ إمضاء العقد.

ومع ذلك فان المؤجر التمويلي يستطيع أن يتمسك في مواجهة الغير بحقوقه على الأصول المؤجرة حتى ولو لم يستكمل إجراءات الشهر، وعلى الرغم من إهماله متى أثبت وأقام الدليل على علم الغير بوجود هذه الحقوق. وقد أكد القضاء الفرنسي في قرار محكمة النقض الفرنسية annency بتاريخ 30 أفريل 1974 بنصها بأن المؤسسة المؤجرة التي أهملت القيام بإجراءات شهر عقد الاعتماد الإيجاري الوارد على سيارة تستطيع مع ذلك أن تحتج بملكيتها لهذه السيارة في مواجهة دائني المستفيد وخلفه الخاص إذا أثبتت أن رخصة السيارة وهي الوثيقة المثبتة لملكية هذه السيارة قد صدرت باسمها وليست باسم المستفيد المستأجر[1].

5-2-الشروط الشكلية في عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير منقولة:

إن حاجة المشروعات الاستثمارية إلى عقارات أو منشآت تمارس فيها نشاطها الاستثماري أصبح ضرورة ملحة -فنادق في مواقع مميزة أو مصانع وغيرها- ومن النادر أن يجد المستفيد عقارا مبنيا يفي باحتياجاته المهنية، ويتفق مع طبيعة نشاطه الاستثماري، فيلجأ المستفيد إلى إحدى شركات لتمويل سواء بنك أو مؤسسة مالية أو شركة اعتماد ايجاري مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة من أجل الحصول على التمويل العيني كبناء عقار تتوافر فيه الخصائص الملائمة لمزاولة النشاط.

[1] علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص116.

فيعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصـــول الغير المنقولة عقدا يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر وعلى شـــكل تأجير لصـــالح طرف آخر يدعى المستأجر مقابل الحصول على ايجارات ولمدة ثابتة أصولا ثابتة مهنية اشتراها أو بنيت لحسابه مع إمكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصـــاه انقضـــاء مدة الإيجار وهذا ما نصـــت عليه المادة الثامنة من الامر 09/96 المتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري. وعملا بأحكام المادة 04 من الأمر 09/96 التي نصـــت "يعرف عقد الاعتماد الإيجاري على أساس أنه غير منقول عندما يخص أصولا عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية الخاصـــة بالمتعامل الاقتصـــادي". فيعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصـــول غير المنقولة عقدا يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر وعلى شـــكل تأجير لصـــالح طرف آخر يدعى المســـتأجر مقابل الحصـــول على إيجارات ولمدة ثابتة أصـــولا ثابتة مهنية اشـــتراها أو بنيت لحســـابه مع إمكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار.

5-2-1-الكتابة الرسمية:

اشـــترط المشـــرع في عقد الاعتماد الإيجاري للأصـــول غير المنقولة العقارات أن يكون مكتوبا في قالب رســـمي، وتعتبر الكتابة الرســـمية في هذه الحالة ركن للانعقاد، ويترتب على تخلفها البطلان المطلق، ويثيره القاضـــي من تلقاء نفســـه، ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها عملا بالأحكام العامة بنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، وهو نظام يتميز بقواعد مســـتقرة ومعروفة، وهو أمر منطقي لأن جميع

التصرفات التي يكون محلها عقارات تشترط فيها الشكلية أمام ضابط عمومي أو موثق ويقتضي أن يرد العقد على عقارات مخصصة لأغراض مهنية سواء عقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص باستثناء الأراضي العارية التي لا تصلح لإبرام عقد الاعتماد الإيجاري بدليل نص المشرع في المادة 04 من الأمر 09/96 -مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية للمتعامل الاقتصادي- فالعبرة تكون بطبيعة النشاط الذي يزاوله المستفيد دون أدنى اعتداد بصفة المستفيد ذاته ويكفي تخصيص العقار لغرض مهني بغض النظر عن طبيعة النشاط الذي يرصد العقار لخدمته، سواء كان نشاطا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو فلاحيا أو حتى من قبيل المهن الحرة[1].

5-2-2-الشهر لدى المحافظة العقارية:

عملا بأحكام المادة 02 من المرسوم التنفيذي 91/06 المتعلق بكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة المؤرخ في 20 فيفري 2006 [2] فيجب أن يبين عقد اكتساب العقار موضوع عملية الاعتماد الإيجاري المعد وفقا لأحكام المرسوم 63/76 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق ل 25 مارس سنة 1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم والخاضع للإشهار في الحفظ العقاري في باب خاص عنوانه تحديد المستفيد من القرض وشروط إنجاز عملية الاعتماد الإيجاري

---

[1] هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، الطبعة الثانية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر،1998، ص62.

[2] المرسوم التنفيذي 91/06 المتعلق بكيفيات اشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول الغير المنقولة المؤرخ في 20 فيفري2006 ج ر عدد 10 بتاريخ 26 فيفري2006.

للأصـــول الغير المنقولـة العنـاصـــر الجوهريـة الواردة في الاعتمـاد الإيجـاري لـلأصـــول الـغـيـر المـنـقـولـة زيـادة عـلـى تـلـك المحـددة في المـادة 08 من الأمر 09/96.والمذكور أعلاه:

- تعيين الموثق محرر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول الغير المنقولة.
- تاريخ عقد الاعتماد الإيجاري للأصول الغير المنقولة ورقمه.
- تعريف المستفيد من القرض.
- مدة عقد الاعتماد الإيجار ي للأصول الغير منقولة.
- المعدل الإجمالي للمبالغ الواجب تسديدها بعنوان الإيجار.
- النص على إمكـانيـة خيـار الشـــراء لصـــالح المســـتفيـد من القرض عند الاقتضاء.
- التاريخ الأقصى المحدد لتبليغ خيار الشراء عند الاقتضاء.

إن المتمعن في مجمل هذه البيانـات الواجب ذكرهـا يجـد أنهـا تكرار لما ورد في أحكام القـانون المـدني والمرســوم لســـنـة 76/ 63 والأمر 09/96 والقانون 02/06 المنظم لمهنة الموثق باسـتثناء تلك العناصـر الجوهرية المميزة لعقد الاعتماد الإيجار ي وهي -تاريخ عقد الاعتماد الإيجار ي للأصـــول الغير المنقولة ومدة عقد الاعتماد الإيجار ي للأصول الغير المنقولة.

ولا بد من التأكيد أن المشـــرع ألزم المؤجر بموجب المادة 03 من نفس المرســـوم التنفيذي بالقيام بعملية الشـــهر القانوني للأصـــول الغير المنقولة على مســـتوى المحافظة العقارية بنصـــها "يتعين على المؤجر أن يقوم بنشـــر كل عقد اعتماد ايجاري المذكور في المادة 02 أعلاه لدى الحفظ العقاري التابع له العقار المعني بعملية الاعتماد الإيجاري ويجب أن يجري إشـــهار كل عملية اعتمـاد ايجـاري للأصـــول الغير المنقولـة لـدى الحفظ العقـاري في الآجـال المنصـــوص عليها في التشـــريع المعمول به". وهو أمر نادر من الناحية العملية لأن القانون بموجب 90 من المرســـوم 63/76 أوجب على الموثقين أن يعملوا على إشـهار جميع العقود الخاضـعة للإشـهار المحررة من قبلهم أو بمسـاعدتهم ضـــمن الآجال المحددة تحت طائلة غرامة مبلغها 1000 دينار بغض النظر عن المســـؤولية التي يتعرض إليها على الصـــعيد القانوني كما تزول آثار نشـــر الاعتماد الإيجاري للأصـــول الغير المنقولة ســـواء بحكم حائز لقوة الشـــيء المقضـــي فيـه أو بـانقضـــاء الإيجـار عن طريق لتنـازل تنفيـذا للوعـد بـالبيع من جانب واحد عملا بنص المادة 05 من المرســـوم التنفيذي 91/06 المذكور أعلاه.

ولا بد من الإشـــارة إلى أن المشـــرع الجزائري وعملا بأحكام المادة 04 من النظام 07/96 المعدل والمتمم أوجب على البنوك والمؤســـســـات المالية وشـركات الاعتماد الإيجاري أن تزود مركزية الميزانيات لبنك الجزائر بالمعلومات المحاسـبية والمالية التي تتعلق بالسـنوات الثلاث الأخيرة لزبائنها من المؤسـسـات وفقا لنموذج موحد يضـعه بنك الجزائر على أن تتضـمن المعلومات المحاسـبية والمالية حســـب هذا النظام الميزانية وجدول الحســـابات والبيانات الملحقة

على أن تكون المعلومات المحاسبية والمالية موضوع تسجيل ومراقبة توافق المعطيات من قبل البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الإيجاري وفقا لنموذج موحد منصوص عليه في المادة 04 أعلاه وذلك قبل إرسالها إلى مركزية الميزانيات وبعد الانتهاء من معالجة المعلومات المحاسبية والمالية الخاصة بزبائن البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الإيجاري تقوم مركزية الميزانيات بإرسال إلى هذه الأخيرة نتائج التحليل في ملف فردي خاص بالمؤسسة طبقا لنص المادة 06 من النظام المذكور الذي يوجب على البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الإيجاري بصفتها مؤجر مذكور على سبيل الحصر بأن تنظم إلى مركزية الميزانيات لبنك الجزائر وأن تحترم قواعد سيرها.

6-صور عقد الاعتماد الإيجاري

يمكن تحديد صور عقد الاعتماد الإيجاري من خلال عدة زوايا وهي:

6-1-بحسب طبيعة الأصل المؤجر:

(عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة وللأصول غير المنقولة) فالأصل المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري يكون أصولا منقولة أو أصولا عقارية أو محلات تجارية أو مؤسسات حرفية [1].

[1] راجع المواد 07 و08 و09 من الأمر 09/96 سالف الذكر.

6-1-1-عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة:

نصت عليه المادة 07 من الأمر 09/96 بنصها "يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة عقدا تمنح من خلاله شركة التأجير البنك أو المؤسسة المالية المسماة بالمؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على ايجارات ولمدة ثابتة أصولا متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمتعامل اقتصادي شخصا طبيعيا كان أو معنويا يدعى المستأجر كما يترك لهذا الشخص امكانية اكتساب كليا أو جزئيا الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئيا الاقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار" .فهذا النوع يتميز ب:

- يرد على الأصول المنقولة "المادية" بدليل أن المشرع نص في المادة 03 من نفس الأمر على أنه "يعرف عقد الاعتماد الإيجاري على أساس أنه منقول عندما يخص أصولا منقولة تتشكل من تجهيزات أو مواد أو أدوات ضرورية لنشاط المتعامل الاقتصادي".
- أن يكون هذا العقد لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الاقتصادي أي لأغراض انتاجية وليست لأغراض استهلاكية سواء (تجارية أو فلاحية أو صناعية أو حرفية أو لأصحاب المهن الحرة).
- يتميز بكونه بسيطا وسهلا فأول ظهور لعقد الاعتماد الإيجاري كان في الاصول المنقولة.

- توافق مدة ايجار مع العمر الاقتصادي للأصل المؤجر كما يمكن أن تحدد استنادا إلى قواعد الاستهلاك المحاسبية و/أو الجبائية المحددة عن طريق التشريع والمتعلقة بالعمليات الخاصة بالاعتماد الإيجاري حسب أحكام المادة 12 من الأمر 09/96.

- إذا قرر المستأجر حق الخيار بالشراء للأصل المؤجر كليا أو جزئيا في التاريخ المتفق عليه فتحتسب الأقساط المدفوعة مسبقا من طرف المستأجر.

6-1-2-عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة:

نصت عليه المادة 08 من الأمر 09/96 " يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة عقدا يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر وعلى شكل تأجير لصالح طرف يدعى المؤجر وعلى شكل تأجير لصالح طرف اخر يدعى المستأجر مقابل الحصول على ايجارات ولمدة ثابتة أصولا ثابتة مهنية اشتراها أو بنيت لحسابه مع امكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصاه انقضاء مدة الايجار ويتم ذلك في صيغة من الصيغ المذكورة أدناه:

- عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من جانب واحد.

- عن طريق الاكتساب المباشر أو غير المباشر حقوق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة.

- عن طريق التحويل قانونا ملكية الأصول التي تم تشييدها على الأرض والتي هي ملك المستأجر".

ويتميز هذا النوع ب:

- يرد هذا النوع على الأصـــول غير المنقولة والمتمثلة في العقارات بطبيعتها ماعدا الأراضي الجرداء فلا تصلح لوحدها أن تكون محلا لهذا العقد واشترط المشرع عقود مقاولة لبناءها بدليل أن المشرع نص المادة 04 من الأمر 09/96 ســالف الذكر على "... أصــول عقارية مبنية أو ســتبنى...". كما يرد هذا العقد على العقارات بالتخصيص بتوافر الشروط المنصوص عليها في القانون المدني.
- يتميز هذا النوع أن مدته طويلة وتكاليفه باهظة مقارنة مع الاصــول المنقولة.
- أن يكون هذا العقد لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الاقتصادي أي لأغراض إنتاجية (كبناء مصنع أو تشييد قرية سياحية أو فندق وغيرها).
- حدد المشرع طرقا على سبيل الحصر تنتقل بها الملكية في المادة 08 شطرها الثاني وهي اما عن طريق التنازل تنفيذا للوعد بالبيع من طرف المؤجر –إما عن طريق اكتساب المستأجر الملكية بطريق مباشر أو غير مباشر – وإما عن طريق التحويل قانونا ملكية الارض التي تم تشييدها على الأرض والتي هي ملك المستأجر (الالتصاق العقاري).

2-6-عقد الاعتماد الإيجاري للمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية:

نصـــت عليه المادة 09 من نفس الأمر "يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري المتعلق بمحل تجاري أو بمؤســسـة حرفية سـندا يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على ايجارات ولمدة ثابتة لصالح طرف يدعى المستأجر محلا تجاريا أو مؤسسة حرفية من ملكه مع الوعد من جانب واحد بالبيع لصـــالح المســـتأجر وبمبادرة منه عن طريق دفع ســـعر متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئيا الأقســـاط التي تم دفعها بموجب الإيجارات مع انعدام إمكانية المســـتأجر في إعادة تأجير المحل التجاري أو هذه المؤسسة الحرفية لصاحب الملكية الأول". كما نص المشرع في أحكام المادة 43 من نفس الأمر على أنه " لا تطبق على علاقات المؤجر مع المســـتأجر المواد الآتية من القانون التجاري:

- المواد 79 إلى 167 ماعدا أحكامها الموافقة لبيع المحلات التجارية المؤجرة بمقتضى عقد اعتماد ايجاري.
- المواد من 169 إلى 214 المتعلقة بعقود الإيجار التجارية والتســـيير الحر وتأجير التسيير.

3-6-من حيث تحمل المخاطروالمساوئ المرتبطة بالعقد:

ويمكن تقسيمها إلى عقد اعتماد إيجاري مالي وعملي:

1-3-6-عقد الاعتماد الإيجاري المالي:

نصـــت عليه المادة 02 فقرة 02 "تدعى عمليات الاعتماد الإيجاري باعتماد إيجاري مالي في حالة ما إذا نص عقد الاعتماد الإيجاري على تحويل لصالح المستأجر كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ والمخاطر المرتبطة بملكية الأصـــل الممول عن طريق الاعتماد الإيجاري وفي حالة ما إذا لم يمكن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري وكذا في حالة ما إذا يضـــمن هذا الأخير للمؤجر حق اســتعاد نفقاته من رأس المال والحصـــول على مكافأة على الأموال المستثمرة "ويتميز هذا النوع ب:

- يعطي للمســـتأجر حق خيار الشـــراء في نهاية العقد أي خيار التملك. وهذا ما أكدته نص المادة 10 فقرة 03 من الأمر 09/96 بنصـــها " يســـمح للمســـتأجر في حالة الاعتماد الإيجاري المالي فقط وعند انقضـــاء الفترة غير القابلة للإلغاء الخاصة بالإيجار أن يكتسب الأصول المؤجرة مقابل دفع قيمة متبقية تأخذ بعين الاعتبار الإيجارات التي تم قبضها في حالة ما اذا يقرر مزاولة حق الخيار بالشـــراء دون أن يحد ذلك من حق الأطراف المتعاقدة في تجديد الإيجار لفترة ومقابل قبض ايجار يتفق عليه ولا من حق المســـتأجر في ارجاع الأصل المؤجر عند نهاية الفترة الأولية من الإيجار " .كما نصت المادة الحادية عشر من الأمر 09/96 على أنه "يجب أن يشير عقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة الموافق للاعتماد الإيجاري المالي تحت طائلة فقد هذه الصفة إلى مدة الايجار ومبلغ الايجار وحق الخيار بالشـــراء الممنوح للمســـتأجر عند انتهاء العقد وكذا القيمة المتبقية من سعر اقتناء الأصل المؤجر".

- دور المؤجر في هذا الصنف تمويلي[1] فيغطي المؤجر تغطية كاملة للمشروع والاعباء المرتبطة عادة بملكية الأصل والتي تقع عادة على المالك فيتم تحويلها على عاتق المستأجر.

- لا يجوز للأطراف فسخ العقد خلال الفترة التعاقدية وهي الفترة غير قابلة للإلغاء وتحدد عادة وفق العمر الاقتصادي للأصل المؤجر أو وفق قواعد محاسبية حسب المادة 12 من نفس الأمر ويترتب عليه عدم إمكانية فسخ العقد بالإرادة المنفردة إلا للأسباب القانونية.

- تغطي الدفعات التي يقدمها المستأجر رأس المال الذي استثمره المؤجر بالإضافة إلى فائدة تمثل هامش ربح – تتميز العلاقة بين المؤجر والمستأجر بكونها علاقة متشابكة ومعقدة وكذلك طويلة.

6-3-2-عقد الاعتماد الإيجاري العملي:

ونصت عليه المادة الثانية في فقرتها الثانية "تدعى عمليات الاعتماد الإيجاري باعتماد ايجاري عملي في حالة ما إذا لم يحول لصالح المستأجر كل أو تقريبا كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمساوئ والمخاطر المرتبطة بحق ملكية الأصل الممول والتي تبقى لصالح المؤجر أو على نفقاته".

ويتميز هذا الصنف ب:

- لا يكون للمستأجر في هذا النوع خيار التملك الأصل المؤجر في نهاية العقد بل يكون له فقط تجديد العقد أو رد الأصل المؤجر.

- الأعباء المتعلقة بالأصل تبقى على عاتق المؤجر وعلى نفقاته وهي المتعلقة بالإصلاح والترميمات والتأمين وغيره.

[1] هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص64.

- يبرم هذا الصنف لفترة قصيرة وتسمى عادة الفترة التشغيلية أو الموسمية وهي فترة انجاز المشروع الاستثماري عادة كما يمكن فسخ العقد خلال الفترة التعاقدية.

- تتميز العلاقة بين المؤجر التمويلي والمستأجر كونها علاقة بسيطة وسهلة وتشبه عقد الايجار العادي ماعدا المعيار العضوي.

6-4-تصنيف العقد بحسب جنسية العقد:

6-4-1-عقد الاعتماد الإيجاري الوطني:

نصت عليه المادة الخامسة من الأمر 09/96 بقولها " يعرف الاعتماد الإيجاري على أساس أنه وطني عندما تجمع العملية شركة تأجير أو بنكا أو مؤسسة مالية بمتعامل اقتصادي وكلاهما مقيمان في الجزائر. فيكون هذا الصنف لمتعاقدين المؤجر والمستأجر مقيمان داخل بلد واحد ويخضعان لقانون واحد أي قانون البلد المقيمان فيه. وثار التساؤل حول مفهوم الإقامة فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من نفس الأمر على أنه "إن صفتي المقيم وغير المقيم في الجزائر هما المحددتان في التشريع والتنظيم المعمول بهما في الجزائر"

وبالرجوع لنص المادة 143 من القانون النقدي والمصرفي سالف الذكر في الباب السابع "الصرف وحركات رؤوس الأموال" بنصه "**يعتبر مقيما في الجزائر في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر، يعتبر غير مقيم في الجزائر في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية خارج الجزائر**".

6-4-2-عقد الاعتماد الإيجاري الدولي:

نصـــت عليه المادة 05 من نفس الأمر بقولها "يعرف عقد الاعتماد الإيجاري على أساس أنه دولي عندما يكون العقد الذي يرتكز عليه:

إما ممضــى بين متعامل اقتصــادي مقيم في الجزائر وشــركة تأجير أو بنك أو مؤسسة مالية غير مقيمة في الجزائر.

إما ممضى بين متعامل اقتصادي غير مقيم في الجزائر وشركة تأجير أو بنك أو مؤســســة مالية مقيمة في الجزائر "ويكون الاعتماد الإيجاري دوليا عندما يكون المؤجر والمستأجر يقيمان في بلدين مختلفين ويخضعان لتشريعين مختلفين".

7-آثارعقد الاعتماد الإيجاري و انقضاؤه

يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري من العقود الملزمة للجانبين حيث يلقي على عاتق المؤجر والمستأجر التزامات متبادلة وحقوق، وتخرج آثار هذا العقد عن آثار عقد الإيجار العادي وذلك لطبيعته الخاصة ولوظيفته الاقتصادية باعتباره من وسائل تمويل المشاريع الاستثمارية فيستخدم قالب الإيجار كوسيلة لتحقيق أهداف تمويلية بطريقة تضمن الملكية للمؤجر والانتفاع للمستأجر وقد تضمنت اتفاقية أوتاوا حول التأجير التمويلي الدولي التزامات الأطراف وحقوقهم .وإيمانا بدور هذا العقد وأهدافه فقد أدرك طرفيه ضرورة صياغة آثاره وخصوصا التزامات وحقوق كل منهما وقد ساعدت القواعد المكملة لعقد الإيجار على ذلك لكون معظم القواعد لا تتعلق بالنظام العام مما يعني جواز التخفيف أو التشديد فيها

7-1-التزامات المؤجر التمويلي:

يعتبر المؤجر ملزما بالقيام بالالتزامات الملقاة على عاتق صاحب الملكية والمنصوص عليها في القانون المدني ومالم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك وتتمثل التزامات المؤجر في:

-**التزام المؤجر بالتمويل:** وهو توفير المال اللازم لأي استثمار جديد قصد حصول المشروعات الإنتاجية على احتياطاتها وفقا للتكنولوجيا المطلوبة سواء عقارات أو معدات إنتاج أو أدوات عمل، فيجب على طالب التمويل أن يقدم المؤجر بيانا كاملا حول الأصل الإنتاجي المراد استحداثه ويبقى دور المؤجر أداء وظيفة تمويلية[1]. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1976/12/10 بقولها أن" المؤجر يوفي بكل التزاماته عندما يضع الأشياء المؤجرة تحت تصرف المستأجر"، وعادة ما يقوم المؤجر بدراسة جوانب خاصة بالمستأجر تتعلق بـ: دراسة الحالة المالية للمستأجر ودراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع الاستثماري.[2]

[1] طه محمد أبو العلا، الإيجار التمويلي الحقيقي للمعدات الإنتاجية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 02

[2] علي سيد قاسم، مرجع سابق، ص 60.

-**التزام المؤجر بالتسليم:** يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع من الأصل المؤجر، وبالمقابل يلتزم المستأجر برفع الأجرة المتفق عليها، فالتسليم هو عملية وضع الأصل المؤجر تحت تصرف المستأجر طبقا للخصوصيات التقنية المعينة من قبل المستأجر في الحالة وفي التاريخ المتفق عليهما[1]. ويعتبر أول مرحلة من مراحل تنفيذ العقد، فعلى المؤجر نقل الحيازة المادية للمستأجر في التاريخ المتفق عليه وفي حالة تصلح لاستيفاء المنفعة المقصودة مع توابعها (ملحقات الأصل المؤجر) مع احترام الخصائص التقنية المحددة مسبقا من المستأجر وبالشروط المتفق عليها المتعلقة (وقت التسليم ومكان التسليم وغيرها)، وهي قواعد عامة وليست من النظام العام، كما يجوز لطرفي العقد الاتفاق على أن يستلم المستأجر الأصل المؤجرة مباشرة من المورد أو المنتج بموجب محضر استلام فيه بيان وصفي للأصل المؤجر، وهو محضر لبيان الحالة التي يتم فيها التسليم لمعرفة مدى مطابقتها للمواصفات الفنية المتفق عليها بين المؤجر والمستأجر ويتم التوقيع على المحضر من قبل المستأجر والمورد.[2]

-**التزام المؤجر بالضمان:** نص المشرع الجزائري على التزام المؤجر بالضمان بشكل يتفق مع الطبيعة القانونية الخاصة لهذا العقد.

---

[1] ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني: دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 46.

[2] صخر أحمد الحصاونة، مرجع سابق، ص 168.

-**التزام المؤجر بضمان التعرض:** وينقسم إلى ضمان التعرض الشخصي والصادر من الغير، أي امتناع المؤجر عن جميع التصرفات التي تحول الانتفاع الهادئ للمستأجر بالأصل المؤجر وهذا ما أكدته المادة 31 من الأمر 09/96 الخاص بعقد الاعتماد الإيجاري، فلا يجوز للمؤجر قانونا أن يتعرض للمستأجر بما يزعجه في استيفاء المنفعة طوال سريان العقد، وعدم إحداث تغيير يمنع من الانتفاع أو ينقص منه. ويتعلق الأمر بالأفعال المادية والمبنية على سبب قانوني، وقد يكون التعرض صادرا من الغير وهنا لا يضمن المؤجر إلا التعرض المبني على سبب قانوني.[1]

- **ضمان العيوب الخفية:** يقصد بالعيب الآفة الطارئة التي تخلو منه الفطرة السلمية للشيء، فالمؤجر يلتزم بضمان جودة المواصفات الفنية والتكنولوجية التي يتطلبها المأجور وهذا ما أكدته المادة 38 من الأمر 09/96، على أنه يعتبر المؤجر ملزما بالقيام بالالتزامات الملقاة على عاتق صاحب الملكية، عدا وجود اتفاق مخالف ومن بينها الالتزام بضمان الصفات التي تعهد بها المؤجر صراحة في العقد أو الصفات المطلوبة حسب استعمال الأصل المؤجر حسب المادة 38 فقرة 04 من الأمر 09/96، وعدم إلحاق أي سبب يحول دون انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر و بعدم إحداث أي تغيير يقلل من هذا الانتفاع وبضمان المستأجر ضد أي أضرار أو سبب قانوني من قبل المؤجر، وكذا الالتزام بضمان المستأجر ضد جميع عيوب الأصل المؤجر أو نقائصه والتي تحول دون الانتفاع به أو تنقص بصفة ملموسة من قيمة هذا الأصل باستثناء العيوب التي يسمح العرف بها أو التي أعلم بها المستأجر وقت إبرام العقد، فيشترط أن يكون العيب مؤثرا وخفيا وألا يكون المستأجر عالما بالعيب وقت إبرام العقد حسب المادة 38 فقرة 06 من الأمر 09/96 السابق ذكره.

[1] صخر أحمد الحصاونة، مرجع سابق، ص177.

- التزام المؤجر بالشهر:

أي التزام المؤجر بشـــهر عقد الاعتماد الإيجاري على مســـتوى المركز الوطني للســـجل التجاري إذا كان متعلقا بأصـــول منقولة في أجل 30 يوما ابتداءا من تاريخ العقد حسب أحكام المرسوم التنفيذي 90/06 المتعلق بشهر عمليات الاعتماد الإيجاري السالف ذكره، وشهر العقد على مستوى المحافظة العقارية إذا كان متعلقا بأصول عقارية.

- التزام المؤجر بدفع الرسـوم والضـرائب والتكاليف: التي تترتب على الأصـل المؤجر حسب المادة 38 فقرة 02 من الأمر 96/ 09 والتي تمثل حقوقا للدولة.

7-2-التزامات المستأجر:

وتطرقـت المـادة 39 من الأمـر 09/96 إلى **التزامـات المســـتـأجـر** والتي تتمثل فيما يلي:

7-2-1-التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة حسب السعر والمكان والتواريخ المتفق عليها: والأجرة هي مقابل انتفاع المســـتأجر بالأصـــل المؤجر، وتحدد حسب نمط متناقص أو خطي استنادا إلى مناهج محددة عن طريق التشريع، ويتضمن مبلغ الأجرة الذي يدفعه المستأجر للمؤجر ما يأتي:

- ✓ سـعر شـراء الأصـل المؤجر مقسـما إلى مسـتحقات متسـاوية المبلغ تضـاف إليها القيمة المتبقية التي يجب دفعها عند مزاولة حق الخيار بالشراء.
- ✓ أعباء استغلال المؤجر المتصلة بالأصل موضوع العقد
- ✓ هـامش يطـابق الأربـاح أو الفوائـد المكافئـة للمخـاطر المترتبـة على القرض والموارد الثابتة المخصصة لاحتياجات عملية الاعتماد الإيجاري.

-**التزام المستأجر بالمحافظة على الأصل المؤجر:** وذلك بصيانته والاعتناء به مثلما يفعله رب الأسرة الحريص وتحمل المسؤولية فيما يلحق الأصل المؤجر أثناء انتفاعه به من اتلاف أو هلاك غير ناتج عن استعماله استعمالا عاديا ومتفق عليه حسب المادة 39 فقرة 06 من الأمر 09/96 السالف ذكره.

- **التزام المستأجر باستعمال الأصل المؤجر بحسب ما وقع الاتفاق:** وبطريقة مطابقة لغرضه وذلك في حالة سكوت عقد الاعتماد الإيجاري عن الموضوع وبعدم إحداث أي تغيير على الأصل المؤجر أو تجهيز بدون إذن المؤجر مهما كانت الأسباب والسماح للمؤجر بإجراء كل الترميمات التي تتطلب تدخله المستعجل حتى يحفظ الأصل المؤجر حسب المادة 39 فقرة 02 من الأمر 09/96 السالف ذكره.

7-2-2-الالتزام بإشعار المؤجر فورا: وذلك بكل أمر يستدعي تدخله بصفته صاحب الملكية والذي من شأنه أن ينقص من انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر أو ينقص من قيمته التجارية لا سيما في حالات الترميمات المستعجلة.

-**الالتزام برد الأصل المؤجر في التاريخ المتفق عليه:** إذا لم يقرر المستأجر حق الخيار بالشراء أو تجديد العقد حسب المادة 39 فقرة 13 من الأمر 09/96 السالف ذكره.

- **الالتزام بعدم التنازل عن حقه في الانتفاع:** أي عدم جواز الإيجار من الباطن إلا بموافقة صريحة من المؤجر وهذا ما أكدته المادة 10/39 من الأمر 09/96: "الالتزام بعدم التنازل عن حقه في الانتفاع وعدم إعادة تأجير الأصل المؤجر دون موافقة صريحة من المؤجر.

-**التزام المستأجر بالتأمين:** عملا بأحكام المادة 34 من الأمر 09/96 التي تنص على أنه: "يمكن أن يضع عقد الاعتماد الإيجاري أيضا على عاتق المستأجر التزام تأمين الأصل المؤجر على حسابه ضد مخاطر الإتلاف الكلي أو الجزئي والتي تحد أو تمنع الاستعمال المتفق عليه "ويكون المؤجر وحده مؤهلا لقبض التعويضات الخاصة بالتأمين على الأصل المؤجر بغض النظر عن تكفل المستأجر بأقساط التأمين المكتتبة ودون الحاجة إلى تفويض خاص لهذا الغرض حسب أحكام المادة 26 من الأمر 09/96 السابق ذكره.

8-انقضاء عقد الاعتماد الإيجاري (الفسخ والانفساخ)

يعتبر الفسخ نظام قانوني يقوم إلى جوار المسؤولية العقدية، وهو الجزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما يرتبه العقد من التزامات في ذمته، وهو حق كل متعاقد في عقد ملزم للجانبين إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه أن يطلب حل الرابطة العقدية وزوال أثرها بأثر رجعي ولقيام الحق في الفسخ تنص المادة 119 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري، فيشترط أن يكون العقد ملزما للجانبين وإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته وأن يكون طالب الفسخ قد أوفى بالتزاماته.

1-8-أسباب فسخ عقد الاعتماد الإيجاري:

طبقا للقواعد العامة ففسخ العقد هو حل الرابطة العقدية بناءا على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر الوفاء بالالتزامات المفروضة عليه، وعلى اعتبار أن عقد الاعتماد الإيجاري من العقود الملزمة للجانبين يجوز لطرفي العقد الاتفاق على أسباب فسخ العقد ضمن شرط فاسخ صريح، ويكون ذلك بموجب شروط مدرجة في العقد[1]. ولم ينص المشرع الجزائري إلى حالات فسخ عقد الاعتماد الإيجاري وتركها للقواعد العامة ولاتفاق المؤجر والمستأجر، وعادة ما يدرج المؤجر ضمن العقود النموذجية لعقد الاعتماد الإيجاري بنودا تتضمن حالات فسخ العقد. ويكمن ذكر جملة من أسباب فسخ عقد الاعتماد الإيجاري منها:

-عدم تسديد قسط واحد من بدلات الإيجار: فدفع أقساط الأجرة يعد من أهم التزامات الرئيسية الواقعة على المستأجر كبدل انتفاع بالأصل المؤجر حسب المواعيد المتفق عليها طبقا لأحكام المادة 20 من الأمر 96/ 09 فقد نصت على حالة تقاعس المستأجر عن دفع قسط واحد من بدلات الايجار واعتبرت أن عدم دفع قسط واحد من أقساط الايجار يخول للمؤجر طلب فسخ العقد بعد إشعار أو اعذرا مسبق لمدة 15 يوما كاملة. فتحرص شركات الاعتماد الإيجاري على إدراج شرط فاسخ صريح في عقد الاعتماد الإيجاري يتقرر بموجبها فسخ العقد.

[1] هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 480.

-**شهر إفلاس المستأجر أو إعلان إعساره:** ومعناه زوال الاعتبار الشخصي في شخص المستأجر والتي يعتبرها المؤجر من المقومات الأساسية التي بنى عليها ثقته في المستأجر، الذي أصبح عاجزا عن ومواجهة الأعباء المالية الناشئة عن العقد، فحكم شهر الإفلاس هو من الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل، أي أن الحكم ينفذ من يوم صدوره رغم المعارضة والاستئناف، فالحكم القضائي مقررا للإفلاس وليس كاشفا له[1]. فالائتمان يلعب دورا في نشأة الروابط العقدية وتنفيذها خصوصا في عقد الاعتماد الإيجاري، فالاعتبار الشخصي هو شرط ابتداء وانتهاء من وجهة نظر المؤجر[2].

-**تصفية المستأجر إذا كان شخص معنوي:** فالتصفية تعد مجموعة الأعمال التي يقوم بها المصفي يهدف منها إنهاء جميع العمليات الجارية للشركة وتحصيل حقوقها وتسديد ديونها لتحديد صافي موجوداتها وتوزيعها على الشركاء بطريق القسمة[3].

- **وفاة المستأجر أو الشريك المتضامن:** وهذا على أساس زوال الاعتبار الشخصي فتحرص شركات الاعتماد الإيجاري على إدراج شرط فاسخ يتعلق بحالة وفاة المستأجر على أساس الوظيفة التمويلية للعقد.

---

[1] عبد الرحمن سيد قرمان، مرجع سابق، ص177.

[2] نجوى ابراهيم البدالي، عقد الايجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص399.

[3] فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الاحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر ،1999، ص 58.

-انفساخ عقد الاعتماد الإيجاري:

طبقا للقواعد العامة يترتب على الهلاك الكلي للأصل المؤجر فسخ العقد بقوة القانون ويتحمل المؤجر تبعة الهلاك باعتباره مدينا بالالتزام. فإذا استحال تنفيذ العقد بسبب أجنبي أو قوة قاهرة لا يد للمستأجر فيها فإن هذا الالتزام ينقضي باستحالة تنفيذه ويترتب عليه انفساخ العقد من تلقاء نفسه وبحكم القانون وهي أسباب يستحيل توقعها ولا يد للمستأجر فيها فتنص المادة 121 من القانون المدني على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون".

وفي عقد الاعتماد الإيجاري و حسب أحكام المادة 13 من الأمر 09/96 فنصت "إن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي يمكن تحديد مبلغه ضمن العقد في إطار بند خاص وفي حالة انعدام ذلك عن طريق الجهة القضائية المختصة وفقا للأحكام القانونية المطبقة على الفسخ التعسفي للعقود ما عدا قوة قاهرة أو حالة تسوية قضائية أو إفلاس أو حل مسبق للمستأجر ينجر عنه تصفية هذا الأخير عندما يتعلق الأمر بشخص معنوي، وبصفة عامة ما عدا حالة عدم قدرة حقيقية للمستأجر على الوفاء شخصا طبيعيا كان أو معنويا".

فلم ينظم المشـــرع حالات انفســـاخ العقد وتركها للقواعد العامة، فباعتبار القواعد التي تحكم تبعة الهلاك هي قواعد مكملة فيجوز الاتفاق على ما يخالفها. ولم يتطرق المشـــرع الجزائري إلى انفســـاخ العقد غير أن نص المادة 26 من نفس الأمر نصـت على حق المؤجر بقبض التعويضـات الخاصـة بالتأمين في حالة الهلاك الكلي أو الجزئي للأصـــل المؤجر. فإذا كان الهلاك كليا انقضـــى الالتزام بقوة القانون لانعدام محل العقد وإذا هلك الأصـــل المؤجر هلاكا جزئيا فلا ينفسـخ العقد وإنما يلتزم المسـتأجر بإصـلاح الأصـل المؤجر وصـــيانته. ففي حالة الهلاك الكلي فيعتبر العقد مفســـوخا بقوة القانون فلا يحتاج إلى إرادة المتعاقدين حتى ينفسـخ اعتبارا من لحظة هلاك المال المؤجر وعلة الانفســـاخ هلاك وانعدام المال محل العقد كليا. أما في حالة الهلاك الجزئي فلا يؤثر في وجود الأصـــل المؤجر ومما يمكن إصـــلاحه فإن ذلك لا يؤدي إلى انفســـاخ العقد وإذا كان الهلاك راجعا لخطأ المســـتأجر أو بســـببه التزم بالاســـتمرار في أداء الإيجار في المواعيد مع مراعاة ما قد يحص عليه المؤجر من مبالغ تأمين حسب الاتفاق.

وبـالرجـوع إلى الأحكـام العـامـة المنصـــوص عليهـا في المـادة 122 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه "إذا فسـخ العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا اســتحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض". وبالتالي يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد بغض النظر عن سبب الفسخ سواء كان اتفاقيا أو قضائيا أو فسخا بقوة القانون. كما نص المشـرع على الشـرط الجزائي ضـمن أحكام المادة 183 من القـانون المـدني فيجوز للمتعـاقـدين أن يحـددا مقـدمـا التعويض بـالنص عليهـا في العقـد أو في اتفـاق لاحق وتطبق في هـذه الحـالـة أحكام المادة 176 إلى 181 ويمكن تقديره من قبل الأطراف ضمن بند من بنود العقد.

تتضـمن عقود التأجير التمويلي على شـروط تتضـمن قيمة الخسـائر التي قد يتعرض المستأجر لها جراء فسخ العقد وهو ما يسمى الشرط الجزائي عملا بأحكام المادة 13 من الأمر 09/96 بنصها " ...**فإنه يترتب عن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء في حالة ما إذا تسـبب فيه المستأجر دفع التعويضات المنصوص عليها في الفقرة السابقة لصالح المؤجر بحيث لا يمكن أن يقل مبلغ التعويضـات عن المبلغ الخاص بالإيجارات المستحقة المتبقية إلا إذا اتفقت الأطراف على خلاف ذلك**".

الفصل الثاني

عقــد الوكـالة بالعمولـة للنقـل

تمهيد

تمثل الوكالة بالعمولة أهمية كبيرة في الحياة التجارية على مستوى التجارة الداخلية أو التجارة الخارجية، وتلعب دورا هاما ليس فقط في عقود البيع والشراء بل حتى في ميدان بورصة الأوراق المالية وكذا في حركة النقل الداخلي والخارجي، موفرة بذلك الجهد والنفقات على المرسل في الحصول على ناقل ووسيلة نقل نتيجة لتشعب العلاقات وتزايد الأعمال مع ظهور النقل الدولي والمتتابع والنقل متعدد الوسائط. إذ يتم النقل بواسطة أكثر من ناقل وباستخدام أكثر من واسطة نقل فلا يستطيع المرسل القيام بكافة الأعمال بنفسه مما اضطره إلى توكيل غيره من أهل التخصص. وتعد الوكالة بالعمولة للنقل من أهم أنواع الوكالة بالعمولة، ونوع من أنواع التوسط في اتمام الصفقات. نظم المشرع الجزائري عقد الوكالة بالعمولة للنقل في الفصل الرابع من الباب الرابع الخاص بالعقود التجارية في أحكام القانون التجاري في المواد 56 إلى 61 خاصة بعقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشياء والمواد من 69 إلى 73 خاصة بعقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص. ويعتبر عقد الوكالة بالعمولة للنقل صورة خاصة للوساطة في مجال النقل بمختلف أنواعه [1]، فيبحث الوكيل بالعمولة على ناقل لنقل بضاعة الموكل إذا كان الناقل غير الوكيل وقد يقوم الوكيل بالعمولة كذلك بالأعمال الفرعية التي تتطلبها عملية النقل كتهيئة البضاعة وحزمها وتسليمها للناقل وغيرها من الأعمال التي تقتضيها الصفقة.

[1] مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 22.

أولا: تعريف عقد الوكالة بعمولة

تعددت التعاريف الفقهية لعقد الوكالة بالعمولة وسنتعرض لبعض التعريفات:

الوكالة بالعمولة "عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة بأن يقوم بتصرف قانوني باسمه ولحساب موكله في مقابل أجر أو عمولة"[1]، ويرى البعض الآخر أن الوكالة بالعمولة "عقد فيه يلتزم محترف بأن يعمل باسمه الشخصي ولحساب موكل في مقابل أجر أو عمولة"[2]. ويرى البعض الآخر بأنه "عقد يلتزم بموجبه شخص بأن يقوم بعمل قانوني باسمه الخاص ولحساب موكله الأصيل مقابل أجر يسمى العمولة وهذا الشخص يسمى الوكيل بالعمولة".

كما عرفه البعض بأنه "العقد الذي يلتزم بموجبه الوكيل بعمولة بأن يقوم بتصرفات قانونية باسمه الخاص ولحساب موكله مقابل عمولة تحدد عادة في العقد أو بنسبة مئوية من قيمة الصفقة". فالوكيل بعمولة هو "الشخص الذي يباشر جميع التصرفات القانونية ويكون متخصصا فيها فله الخبرة والحرفية باسمه ولحساب موكله، ويصبح طرفا في العقد الذي يبرمه مع الغير فيكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات الناشئة على أن ينقلها بعد ذلك إلى ذمة موكله" وجرت العادة أن يكون في ظل شركات

---

[1] سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، ط3، العقود التجارية وعمليات البنوك، د م ن 2000، ص 119.

[2] هاني دويدار، النظام القانوني للتجارة (العقود التجارية العمليات المصرفية الاسناد التجارية الإفلاس)، ط1 المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، دم ن، 1997، ص 30.

تجارية لها إمكانيات مادية تسمح له بتنفيذ العقد وهو من عقود التوسط. فالوكيل بالعمولة باعتباره متخصصا في مجال النقل أكثر من الشاحن فيستطيع أن يتفاوض في شروط النقل وتنظيمه ومراعاة مصالح العميل لما له من معلومات متعلقة بوسائط النقل والمواعيد والقوانين والاتفاقيات الخاصة بالنقل [1].

عرف المشرع الجزائري عقد الوكالة بالعمولة في المادة 37 من القانون التجاري بقوله "يعتبر عقد العمولة للنقل اتفاق يلتزم بمقتضاه تاجر بأن يباشر باسمه الخاص أو باسم موكله أو شخص من الغير نقل أشخاص أو أشياء وأن يقوم عند الاقتضاء بالأعمال الفرعية المرتبطة بالنقل".

كما عرفه المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 231-94 المؤرخ في 27 جوان 1994 المحدد لشروط ممارسة مهنتي وسيط الشحن ووكيل نقل البضائع وكيفياتها [2] مستعملا تسمية وكيل نقل البضائع في المادة 14 منه أنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم بنقل البضائع تحت مسؤوليته وباسمه الخاص لحساب زبون ما مع مراعاة الشروط التي حددها القانون التجاري". كما حدد أنشطة وكيل نقل البضائع في المادة 15 من نفس المرسوم التنفيذي والمتمثلة في:

---

[1] دعاس حميدة، النظام القانوني لعقد الوكالة بالعمولة، مذكرة ماجستير، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، تخصص قانون خاص، 2014 -2015، ص 55.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 231-94 المؤرخ في 27 جوان 1994 المحدد لشروط ممارسة مهنتي وسيط الشحن ووكيل نقل البضائع وكيفياتها، ج ر عدد 50 لتاريخ 30 أوت 1994.

- عمليات الجمع التي يشكل فيها الوكيل مجموعات من البضائع الآتية من عدة مرسلين أو الموجهة لعدة مرسل إليهم وينظم النقل البري للبضائع وينجزه.

- عمليات شحن المركبات التي يتولى الوكيل بواسطتها انجاز النقل البري.

وقد تم إلغاء هذا المرسوم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 473-05 المؤرخ في 13 ديسمبر 2005 المحدد لشروط تنظيم نشاطات مساعدي نقل البضائع عبر الطرقات وكيفيات ممارستها.[1] حيث اعتبر المرسوم التنفيذي رقم 473-05 في المادة 2 وتطبيقا للمادة 40 من القانون رقم 13-01 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتضمن توجيه النقل البري وتنظيمه أن مساعدي نقل البضائع عبر الطرقات هم "أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعون للقانون الجزائري يمارسون خدمات الاستئجار والتجميع والتخزين والتسليم والوكالة وعمولة النقل وسمسرة الشحن"، حيث صنف المشرع الجزائري بذلك الوكيل بالعمولة للنقل ضمن مساعدي نقل البضائع عبر الطرقات تحت تسمية "صاحب عمولة نقل البضائع عبر الطرقات" حسب المادة 10 بقوله أن "عمولة النقل هي العقد الذي يلتزم بموجبه صاحب عمولة نقل البضائع عبر الطرقات بالقيام تحت مسؤوليته وباسمه الخاص بنقل البضائع لحساب زبون وعند الاقتضاء بالعمليات المرتبطة بها".[2]

[1] مرسوم التنفيذي رقم 473-05 المؤرخ في 13 ديسمبر 2005 المحدد لشروط تنظيم نشاطات مساعدي نقل البضائع عبر الطرقات وكيفيات ممارستها، ج ر عدد 81 ل 14 ديسمبر 2005.

[2] قماز ليلى، المجلة الجزائرية للناقل البحري والنقل، العدد الأول، 2014، ص99.

وطبقا لتعريف القضـــاء الفرنســي فـان الوكالـة بـالعمولـة للنقـل هي "اتفاق يتعهد بمقتضـاه الوكيل بالعمولة للنقل تجاه موكله بإنجاز الأعمال القـانونيـة التي يســتلزمهـا نقل البضـــائع من جهـة إلى أخرى باســمه وتحت مســؤوليته ولحســاب العميل"، وتتميز هذه الوكالة بالقدر الكبير من الحرية التي يتمتع بهـا الوكيـل بـالعمولـة في تنظيم عمليـة النقـل بـالطرق والوســائل التي يختارها كما أنها تتميز بشــمولها النقل من أوله إلى آخره" وبهذا التعريف اسـتطاعت محكمة النقض الفرنسـية إبراز العناصـر الأسـاسـية المكونة لعقد الوكالة بالعمولة للنقل وهي تعاقد الوكيل بالعمولة للنقل باسـمه الشـخصـي لحســاب موكله وتمتعه بقدر كبير من الحرية في اختيار الوســائل والطرق وكل ما هو ضروري لإتمام عملية النقل بالشروط المتفق عليها.[1]

ثانيا: خصائص عقد الوكالة بعمولة للنقل

باعتبار عقد الوكالة بعمولة للنقل من عقود الوســاطة التجارية فيتميز بجملة من الخصائص:

1-عقد الوكالة بعمولة للنقل عقد رضائي

يعتبر عقد الوكالة بالعمولة من العقود الرضــائية التي تتم باتفاق الطرفين طبقا للمادة 38 من القانون التجاري الجزائري، ولا يختلف تكوينه عن غيره من العقود الأخرى إذ لابد من توافر الأركان العامة للعقد من رضــا ومحل وسبب. فلا يستوجب لانعقاده شكل معين فقد يكون في شكل تفويض أو وكالـة وينعقـد بموجـب إيجـاب وقبول بين الطرفين، وأن يكون صــادرا عن ذي أهلية على أســاس أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باســمه الشــخصــي فلابد أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة لمباشرة الأعمال التجارية.

[1] قماز ليلى، المرجع السابق، ص 100.

2-عقد الوكالة بعمولة للنقل عقد تجاري

فمن أهم ما تتميز به الوكالة بعمولة باعتبارها نوعا من الوكالة التجارية أنها عملا تجاريا بحسب الموضوع ولو وقع منفردا بدليل نص المادة 2 في شطرها 13 من القانون التجاري "كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة"، ويعد عمل الوكيل تجاري عمل تجاري بحسب الموضوع مهما كانت نوع الصفقة مدنية أو تجارية سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، وإذا مارسها بصفة متكررة واتخذها مهنة معتادة له اكتسب بموجبها صفة التاجر. وبالتالي تسري عليه قاعدة حرية الاثبات طبقا للمادة 30 من القانون التجاري[1]، حيث يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات في المواد التجارية [2]، بما في ذلك البينة والقرائن وذلك استنادا لما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة مرونة في التعامل والتي لا تتلاءم مع قواعد الإثبات في القانون المدني.

---

[1] المادة 30 من القانون التجاري يثبت كل عقد تجاري:

- بسندات رسمية
- بسندات عرفية
- بفاتورة مقبولة
-بالرسائل
-بدفاتر الطرفين
-بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها.

[2] حورية لشهب، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، عدد 12، 2007، ص 228.

3-عقد الوكالة بالعمولة عقد معاوضة

ذلك أن الوكيل بالعمولة يتقاضى عمولة لقاء التصرفات التي يقوم بها لحساب موكله على خلاف الوكالة العادية المدنية التي تكون تبرعية، كما أن الوكالة بالعمولة ترتب التزامات متبادلة بين الطرفين كما يمنح لهما ضمانات تؤكد تنفيذ الالتزامات المتبادلة، ومن أهمها التزام الوكيل بالعمولة بتنفيذ تعليمات الموكل والتزام الموكل بدفع أجرة الوكيل.[1]

4-قيام عقد الوكالة بعمولة على الاعتبار الشخصي في شخص الوكيل بعمولة

تتميز الوكالة بالعمولة بأنها من العقود التي تبرم بمراعاة الاعتبار الشخصي، فيجب أن يقوم الوكيل بعمولة بالتصرفات القانونية بذاته لأنه محل ثقة مصدرها قناعة الموكل على قدرة الوكيل بعمولة على إبرام العقد وتنفيذه نظرا للخبرة التي يتميز بها .ويقوم على الثقة المتبادلة بين الطرفين ولذلك ليس للوكيل أن يوكل غيره، فالأصل أنه يكون ملتزما بتنفيذ العقد والقيام بالعمل المعهود إليه لكن إذا أناب الوكيل بعمولة غيره في تنفيذ العقد فيكون مسؤولا عن عمل نائبه، كما لو كان هذا العمل قد صدر منه شخصيا أما إذا كان مرخصا له بذلك من الموكل بحسب العقد أو العرف التجاري فجاز له ذلك .

[1] سمير جميل، حسين الفتلاوي، ص 410.

5-تعاقد الوكيل بعمولة باسمه الشخصي ولحساب موكله:

يتميز عقد الوكالة بعمولة بخاصية جوهرية وهي أن هذا الأخير يبرم التصرفات القانونية باسمه الشخصي ويظهر أمام من تعاقد معه وكأنه يتعاقد لنفسه، إلا أنه ينقل التصرفات لموكله لأنها تتم لحساب هذا الأخير، ومع ذلك تبقى شخصية الوكيل بالعمولة قائمة إلى غاية تنفيذ الصفقة التي أبرمها مع انصراف آثار العقد إليه وتحمله الالتزامات الناشئة عنه، لذلك قرر له المشرع امتيازا يعطي له الحق في استيفاء حقه بالأولوية على غيره من دائني الموكل نظرا لما يتعرض له من مخاطر من وراء التزامه تجاه الغير.

6-استقلالية الوكيل بالعمولة في القيام بمهامه

فلا مجال للتبعية في القيام بمهامه فهو مستقل وليس تابع للموكل.

ثالثا: آثار عقد الوكالة بعمولة لنقل الأشياء

يترتب على عقد الوكالة بعمولة جملة من الالتزامات والحقوق باعتباره من العقود الملزمة للجانبين على عاتق الوكيل بالعمولة والموكل، ولتحديد هذه الالتزامات سنتطرق إلى تحديد التزامات الوكيل بالعمولة لنقل الأشياء ثم إلى عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص كما يلي:

1-التزامات الوكيل بالعمولة لنقل الأشياء

-التزام الوكيل بالعمولة بالقيام بالعمل المكلف:

يلتزم الوكيل بعمولة بموجب نصوص الاتفاق بينه وبين الموكل القيام بجميع التصرفات والأعمال الخاصة بشروط النقل والمتفق عليها، وغالبا ما يتضمن العقد تحديدا كاملا لعمل الوكيل والمدة، وعقد النقل ما هو إلا جزء من عقد الوكالة بالعمولة للنقل لكون الناقل يقوم بعمل مادي، أما الوكيل بالعمولة فيقوم بعمل قانوني ويلتزم الوكيل باحترام تعليمات الموكل وإحاطته علما وإخطاره بكل الظروف وتنفيذ الوكالة المكلف بها بعناية الرجل الحريص وتقتضي خبرته وحرفته هذا القدر من المسؤولية باستعمال معيار الرجل الحريص باعتباره تاجر تقتض خبرته هذا القدر من المسؤولية .وقد تكون التعليمات إلزامية وهي التي تحدد شروط التعاقد بين الوكيل بعمولة والغير ولا يكون للوكيل السلطة التقديرية في التعاقد ولابد من احترامها بكل دقة وبدون تعديل. أما التعليمات الإرشادية أو البيانية وذلك بأن يحدد أهدافا دون شروط تفصيلية والهدف منها إرشاد الوكيل لا إلزامه بها والمهم هو مراعاة مصلحة الموكل.

-المحافظة على الأشياء المراد نقلها ابتداء من تسلمها:

فعملا بنص المادة 58 من القانون التجاري[1] فيعد الوكيل بالعمولة مسؤولا منذ تسلم الأشياء المطلوب نقلها، ويحكم التزام الوكيل بعمولة هذا الاتفاق الذي يتضمن جميع الأعمال والتصرفات المتعلقة بالمحافظة على الأشياء وفق طبيعتها وخصوصيتها ووضعها في مخازن خاصة لحفظها من الضياع أو السرقة، وأن يراعي الأصول في اتخاذ ما يلزم لصيانتها وحفظها من الضياع أو السرقة وإلا اعتبر مسؤولا عما يصيبها من ضرر أو تلف أو هلاك، إلا إذا كان التلف أو الهلاك بسبب أجنبي لا يد للوكيل فيه. إذ يلتزم الوكيل بالعمولة بضمان سلامة الأشياء محل عقد النقل والمحافظة عليها وصيانتها وإيداعها والتأمين عليها إذا كان مكلفا بذلك، وإلا كان مرتكبا لخطأ في تنفيذ الوكالة موجب للمسؤولية. ويعتبر التزام الوكيل بالعمولة التزام بتحقيق نتيجة ولا يكفي لنفي مسؤوليته إثبات اتخاذه الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر بل إثباته أن ذلك ناشئ عن قوة قاهرة أو عيب خاص بالشيء أو خطأ منسوب إما لموكله أو للمرسل إليه.

كما أن الوكيل بالعمولة ليس مسؤولا فقط عن أفعاله الشخصية أي عن إخلاله بالتزاماته الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة ولكنه مسؤول أيضا عن أفعال الناقل أو الناقلين الذين تعاقد معهم أي عن تنفيذ عقد النقل الذي أبرمه، وعن هلاك أو تلف أو التأخير في وصولها حسب المادة 58 من القانون التجاري. فلا يكفي لدفع مسؤولية الوكيل بالعمولة للنقل أن يثبت تسليمه البضاعة للناقل الذي تعاقد معه أو أنه أحسن اختيار الناقل وإنما لا بد عليه أن يقيم الدليل على السبب الأجنبي الذي يرجع إليه الضرر طبقا للمادة 57 من القانون التجاري.

---

[1] تنص المادة 58 من القانون التجاري الجزائري على أنه:" يعد الوكيل بالعمولة من وقت تسلمه الأشياء المطلوب نقلها مسؤولا عن ضياعها كليا أو جزئيا أو عن تلفها أو التأخير في تسليمها".

كما يجوز إعفاء الوكيل بالعمولة للنقل من المسؤولية بموجب شرط طبقا للمادة 59 من القانون التجاري بقولها " يجوز للوكيل للعمولة استنادا لاشتراط كتابي مدرج في سند النقل ومطابق للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل ومبلغ للموكل وفيما عدا حالة الخطأ العمدي أو الجسيم المرتكب منه بذاته أو من مستخدمه أو الناقل أو مستخدم هذا الأخير أن يشترط إعفاءه كليا أو جزئيا من المسؤولية"، ولا يختلف عما نصت عليه المادة 52 من القانون التجاري[1] فيما يتعلق بمسؤولية الناقل في عقد النقل.

-التزام الوكيل بعمولة بتقديم حساب ونقل آثار التعاقد إلى الموكل:

فيلتزم الوكيل بالعمولة متى أتم عمله بتقديم حساب عن ذلك التنفيذ الذي كلف به في عقد الوكالة في الميعاد المتفق عليه كالفواتير المحصل عليها، قصد إحاطة الموكل علما بما تحمله من نفقات ومصاريف ليضمن استرداد جميع المبالغ التي أنفقها وما تم تحصيله لحساب الموكل، كما يلتزم الوكيل بالعمولة بعدم الحصول لنفسه عن أي ربح أو منفعة شخصية من تنفيذ الالتزامات الموكلة إليه ما عدا العمولة والمصروفات. فالوكيل بعمولة يبرم التصرفات القانونية المكلف بها باسمه الشخصي ويظهر أمام من تعاقد معه وكأنه يتعاقد لنفسه إلا أنه يلتزم بنقل هذه التصرفات للموكل لأنها تتم لحساب هذا الأخير بمقابل عمولة محددة بين الطرفين.

---

[1] تنص المادة 52 من القانون التجاري: " فيما عدا حالة الاشتراط الكتابي المدرج بسند النقل والمطابق للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل والمبلغ لعلم المرسل يجوز للناقل عدا حالة الخطأ العمدي أو الجسيم المرتكب منه أو من مستخدمه:

-تحديد مسؤوليته بسبب الضياع أو التلف بشرط ألا يكون التعويض المقرر أقل بكثير من قيمة الشيء نفسه بحيث يصبح في الحقيقة وهميا

-إعفاؤه كليا أو جزئيا من مسؤولية التأخير.

-يكون باطلا كل اشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف".

كما لا يجوز للكيل بعمولة أن ينصب نفسه طرفا ثانيا في العقد المكلف به إلا إذا رخص له الموكل ذلك لأنه يسعى إلى تحقيق أقصى مصلحة لموكله، وهذا حتى لا تتعارض مصالحه مع مصلحة الموكل الذي أولاه الثقة إلا إذا رخص له ذلك. فالوكيل بالعمولة يعتبر وسيطا بين الطرفين وليس طرفا أصيلا في عقد الوكالة والحكمة من هذا المنع هي رفع أي تعارض بين مصلحة الموكل ومصلحة الوكيل الذي أولاه الثقة لأن في هذه الحالة يمكن للوكيل أن يرجح مصلحته الشخصية على مصلحة موكله ولذا يلتزم الوكيل بإثبات وجود الغير في الصفقة التي يبرمها متى طلب منه الموكل ذلك [1] .وذلك بتقديم كشف مكتوب مطابق للحقيقة بالمستندات اللازمة ويلتزم بعدم الحصول لنفسه على أي ربح أو منفعة شخصية من تنفيذ الالتزامات الموكلة لديه.

وبمجرد إتمام الوكيل بعمولة العمل المعهود إليه يلتزم بتقديم كشف حساب بكل ما أجراه من عمل في الميعاد المتفق عليه أي يقدم كشف مكتوب مطابق للحقيقة ومؤيدا بالمستندات اللازمة قصد إحاطة الموكل علما بكل ما يتعلق بالصفقة كمصاريف النقل والمصروفات الإضافية وتكون مثبتة بمستندات وفواتير ليضمن استرداد جميع المبالغ التي أنفقها.

-التزام الوكيل بالعمولة بجميع الالتزامات الواقعة على التاجر من مسك الدفاتر التجارية وجرد العمليات التجارية المبرمة.

[1] عمورة عمار، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص 75.

2-التزامات الموكل (المرسل) في عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشياء

- التزام المرسل بدفع العمولة:

فيلتزم المرسل بدفع العمولة المتفق عليها في العقد مقابل قيام الوكيل بالعمولة بتنفيذ الوكالة بحسن نية ويشترط أن يكون التنفيذ كاملا وبدون ضرر، وهو الالتزام الأساسي للموكل وتحسب العمولة على أساس نسبة مئوية من قيمة الصفقة التي تمت أو على أساس القيمة الإجمالية للعملية ويستحقها الوكيل بعمولة بمجرد انجاز العمل المتفق عليه وإتمام العقد.

-التزام المرسل بدفع جميع المصروفات والنفقات التي أنفقها الوكيل بعمولة:

كما يلتزم الموكل بدفع نفقات ومصاريف الوكالة التي أنفقها الوكيل بالعمولة في سبيل التنفيذ الحسن للعمل المعهود به للوكالة كنفقات إيجار المخازن والتأمين والشحن والرسوم الجمركية وغيرها من المصاريف التي يقتضيها حسن تنفيذ العمل المعهود به من يوم صرفها حسب ما يقضي به العرف التجاري.

-التزام المرسل بتقديم كل المعلومات للوكيل بالعمولة: فيلتزم الموكل بتقديم جميع المكنات التي تؤدي إلى تنفيذ الوكالة كتزويده بالوثائق والمستندات اللازمة لإتمام الوكالة.

-التزام المرسل بتعويض الوكيل بعمولة عما أصابه من ضرر: وهذا من جراء تنفيذ العقد تنفيذا معتادا دون خطأ منه، فإذا لحق الوكيل بالعمولة ضرر بسبب تنفيذ الوكالة جاز له أن يطالب بالتعويض إلا إذا نشأ الضرر عن خطأ الوكيل بالعمولة.

رابعا: ضمانات الوكيل بعمولة لنقل الأشياء

طبقا لقواعد القانون التجاري للوكيل بالعمولة ضمانات خاصة لاستيفاء عمولته وجميع المصاريف والنفقات التي تكبدها، قصد التنفيذ الحسن للعقد والمبالغ التي أقرضها للموكل حيث يعطي له القانون حق حبس البضائع الموجودة في حيازته وحق الامتياز عليها وغيرها وتتمثل في:

1-حق الحبس كضمانة للوكيل بالعمولة لنقل الأشياء

المنصوص عليه في المواد 200-201-202 من القانون المدني: فحسب المادة 200 من القانون المدني الجزائري "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه، وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تامين كاف للوفاء بالتزامه".

يعتبر حق الحبس أحد أهم وسائل الضمان العام المقررة للدائن سواء كان دينه تجاريا أو مدنيا: يهدف الحق في الحبس إلى تأمين الدائن وذلك بتوفير الحماية الكافية له من خطر إعسار المدين وله حق الامتناع عن الوفاء بالتزاماته مؤقتا حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه المستحق الأداء، فيجوز للوكيل بعمولة حبس الأشياء المسلمة له من الغير لحساب الموكل إلى غاية حصوله على حقوقه الناتجة عن تنفيذ العقد كعمولته والمصروفات الإضافية التي أنفقها على البضاعة والتعويض عما أصابه من ضرر دون خطأ منه والامتناع عن تسليم الأشياء إلى أن يستوفي حقوقه المالية التي أقرضها أو دفعها أثناء تنفيذ عقد الوكالة بالعمولة من الموكل سواء المرسلة أو المسلمة أو المودعة لديه من جانب الموكل والمصروفات الإضافية .

هذا **فحق الحبس هو "امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام من قبل الدائن وليس وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام "**، يضمن حق الحبس الديون الناشئة للوكيل في ذمة موكله بموجب عقد الوكالة بالعمولة وتشمل هذه الديون العمولة والمصاريف والنفقات وجميع المبالغ المستحقة له بسبب الوكالة وللوكيل حق حبس البضاعة والأوراق التجارية وعدم تسليمها إلى الموكل حتى يدفع هذا الأخير حقوق الوكيل ولا يتقرر ذلك بموجب القواعد العامة إلا إذا توافرت شروط الحبس.[1]

وكما يتضح من أحكام المادة 201 الفقرة الأولى من القانون المدني فلا يعتبر حقا عينيا ولا ضمانا خاصا، فلا يمنح حق الحبس حق الأفضلية أو التقدم للدائن الحابس على غيره من الدائنين ولا حق التتبع في حالة تنفيذ الدائن على العين المحبوسة فكل الدائنين يقتسمون حصيلة التنفيذ بينهم [2] و إنما يعتبر ضمانا عاما يثبت لكل دائن تو افرت فيه الشروط التالية:

- التزام في ذمة الحابس بأداء شيء معين مهما كان مصدره مع عدم اشتراط أن يكون الحابس مالكا للشيء المحبوس، فيمكن للحائز حيازة عرضية وبطريقة مشروعة أن يحبس ما في حيازته عن مالكه الحقيقي إلى غاية استرداد ما أنفقه من مصروفات حسب المادة 202 ف 2 من القانون المدني.

---

[1] هاني هليل هطيلان الفليح، ضمانات طرفي عقد الوكالة بالعمولة في القانون الأردني دراسة مقارنة، مركز المنارات البادية للبحوث والدراسات المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الأول كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط.

[2] أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني أحكام الالتزام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 103.

- وجود حق مستحق الأداء للحابس محقق الوجود ومستحق الأداء، فلما كان الغرض من حق الحبس هو حمل المدين على تنفيذ التزامه الذي نشأ في ذمته لمصلحة الحابس، فيجب أن يكون التزام الشخص الآخر صاحب الشيء المحبوس التزاما حل ميعاد الوفاء به، وكذلك يجب أن يكون حق الحابس تاليا في وجوده أو على الأقل معاصرا لحيازته للشيء المحبوس، أي لا يجوز أن يكون سابقا على الحيازة لأن فكرة الضمان التي يقوم عليها الحق في الحبس لا تتعلق بنية الطرفين بل تتوقف فقط على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية وكما لا يشترط التساوي بين قيمة حق الحابس والتزام صاحب الشيء المحبوس بل يجوز الحبس ولو كان التفاوت بين القيمتين كبيرا.

- وجوب وجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء سواء ارتباط قانوني أو مادي [1].

ومتى توافرت شروط الحق في الحبس يكون للدائن أن يبقي الشيء الذي ارتبط حقه به في حيازته حتى يقوم المدين بالوفاء بالتزامه.

وهذا الحق مقرر في إطار القواعد العامة التي تقض وفقا لأحكام القانون المدني فيكون لحائز الشيء الذي أنفق عليه المصاريف الضرورية أن يمتنع عن رد الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، وقد تكون هذه الحيازة فعلية أو حصوله على الوثائق ويشترط لتحقيق آثار الحبس أن تظل البضائع أو الأشياء فعلا في حيازة الوكيل فان خرجت من حيازته يسقط حقه في الحبس كأن يرسلها إلى موكله أو أن يطلب من البائع إرسالها إلى الموكل مباشرة.

[1] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 97.

وحســـب المادة 202 من القانون المدني فينقضـــي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضـــته أن يطلب اســـترداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ما لم تنقض سنة من وقت خروجه .وينقضـــي الحق في الحبس ســـواء بطريق أصـــلي ومعناه انقضاؤه قبل انقضاء الحق المضمون بطريقة مستقلة وذلك بتقديم ضمان وتأمين كاف قصـــد الوفاء بالحق المحبوس، وكذا إخلال الحابس بالتزامه بالحفاظ على العين المحبوســـة أو هلاك العين المحبوســـة أو خروجها من يد الحابس إراديا. وينقضـــي الحق في الحبس كذلك بطريق تبعي وذلك بانقضـــاء الحق المضـــمون، وتبعا له إذا وفى المالك بالمصـــروفات بما يقوم مقام الوفاء كالتجديد والمقاصـــة واتحاد الذمة كما ينقضـــي بدون وفاء كالإبراء وســـقوط الدين باستحالة التنفيذ.

2-حق الامتياز كضمانة للوكيل بالعمولة لنقل الأشياء

فضلا عن حق الحبس للوكيل بالعمولة حق الامتياز. يعد حق الامتياز من أهم ضـــمانات الوكيل بالعمولة التي تكفل له اســـتيفاء عمولته والمبالغ التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة وأصبح دائنا بها.

فحق الامتياز أولوية يقررها القانون عملا بنص المادة 56 من القانون التجاري بقولها " إن للوكيل بالعمولة في نقل الأشياء الامتياز على قيمة البضائع المرسلة له أو المودعة أو المؤمنة لديه بفعل الإرسال وحده أو الإيداع أو التأمين، كما يمتد هذا الامتياز على كل القروض أو السلف أو المدفوعات المؤداة منه سواء كان ذلك قبل استلام البضائع أو وقت حيازته إياها، ويضمن الامتياز القروض والسلف والمدفوعات المتعلقة بمجموع العمليات التي قام بها الموكل دون التمييز في ذلك بين البضائع التي لم ترسل بعد وبين البضائع التي تم إرسالها أو البضائع المودعة أو المؤمنة، ولا يستمر هذا الامتياز إلا ضمن الشرط المنصوص عليه في المادة 32 المذكورة أعلاه، وتدخل العمولة والنفقات مع الأصل في دين الامتياز المتعلق بالوكيل بالعمولة فإذا كانت البضائع قد بيعت وسلمت لحساب الموكل فللوكيل بالعمولة أن يسترد مبلغ دينه من حصيلة البيع على وجه الأفضلية بالنسبة لدائني الموكل".

ويتضمن الامتياز العمولة والمصاريف المدفوعة عن الموكل وغير ذلك من المبالغ التي تستحق للوكيل بسبب الوكالة، سواء أنفقت قبل تسليم البضائع أو الأشياء أو أثناء وجودها في حيازة الوكيل، وبالتالي فإن هذا الحق يضمن كل حق للوكيل بالعمولة عن الموكل بشرط أن ينشأ هذا الحق بسبب تنفيذ الوكالة.

ويتميز الوكيل بالعمولة بهذا الحق بسبب ما يتعرض له من مخاطر عدم تنفيذ الموكل لالتزاماته سواء من جراء تحمله التزامات تجاه الغير نتيجة تعاقده باسمه الشخصي أو بسبب ما ينفقه من مصروفات مختلفة لتنفيذ الوكالة [1]، ويضمن حق الامتياز استيفاء أجرة الوكيل بالعمولة وجميع المبالغ المستحقة له بسبب الوكالة، ويكفل الامتياز للوكيل بالعمولة حق طلب بيع البضاعة الموجودة في حيازته ثم استيفاء حقوقه من ثمن البضاعة محل الامتياز بالأولوية على الدائنين الآخرين للموكل. ولا يكون للوكيل بالعمولة امتياز على البضائع المرسلة إليه أو المودعة عنده أو المسلمة إليه لحفظها إذا ما بقيت في حيازته سواء وضعت تحت تصرفه في الجمرك أو في مخزن عام أو في مخازنه أو إذا كان يقوم بنقلها بوسائله الخاصة أو إذا كان يحوزها قبل وصولها بموجب سند شحن أو أية وثيقة أخرى أو إذا أصدرها وظل رغم ذلك حائزا لها بموجب سند أو أية وثيقة نقل أخرى. ويتم الامتياز بالشروط التالية:

- أن تكون المبالغ المستحقة للوكيل بالعمولة مرتبطة بتنفيذ عقد الوكالة بينه وبين الموكل، وذلك بوجود شرط الارتباط بين المبالغ المستحقة للوكيل وبتنفيذه لعقد الوكالة، ويتعلق الأمر بالديون المضمونة بالامتياز وتشمل (العمولة المستحقة للوكيل بالعمولة، وجميع المبالغ التي يدفعها عن الموكل أو يقرضها له، وجميع المصاريف التي أنفقها في سبيل العمل المكلف به، وكذا التعويضات والفوائد المستحقة عن هذه المبالغ المدفوعة).

[1] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 64.

- أن تكون البضائع وغيرها من الأشياء التي يقع عليها الحبس في حيازة الوكيل بالعمولة، فيشترط لمباشرة الوكيل بالعمولة لحقه في الحبس أن تكون البضاعة أو غيرها من الأشياء محل الحبس تحت يد الوكيل بالعمولة، أي في حيازته والحيازة المطلوبة هنا ليست مقصورة على الحيازة العرضية الواردة في القواعد العامة ونما تشمل الحيازة القانونية للبضائع، ومعنى ذلك انه لا يشترط أن تكون حيازة البضائع حيازة مادية في يد الوكيل بالعمولة بل يكفي أن تكون تحت تصرفه بصرف النظر عن مكان حفظها أي سواء كانت محفوظة بمخازنه أمام المخازن العامة.

طبقا لنص المادة 32 من القانون التجاري "لا يستمر الامتياز في جميع الأحوال على المرهون إلا إذا وضع هذا الأخير في حيازة الدائن وبقي لديه أو لدى الغير المتفق عليه بين الطرفين، ويعتبر الدائن حائزا للبضائع متى كانت تحت تصرفه في مخازنه أو سفنه أو في الجمرك أو في مستودع عمومي أو كان بيد الدائن قبل وصولها وثيقة الشحن أو أي سند نقل آخر معادل لها".

3-تضامن الموكلون في حالة التعدد

فتعتبر هذه الضمانة من القواعد الأساسية في القانون التجاري عند تعدد الموكلين وهي قاعدة افتراض التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية، وهو أحد الضمانات الهامة للوكيل بعمولة الذي يستند إلى قاعدة أساسية وهي افتراض التضامن بين المدينين مفترض قانونا طبقا لنص المادة 551 من القانون التجاري. غير أنه في المسائل المدنية فالتضامن

يكون بنص قانوني أو باتفاق الأطراف في العقد حسب المادة 217 من القانون المدني الجزائري [1] .ومادام محل الوكالة بالعمولة يعد عملا تجاريا بالنسبة للطرفين فان الموكلين عند تعددهم يكونون متضامنين بتنفيذ التزاماتهم في مواجهة الوكيل، وان هذا الضمان لا يقتصر على الوكيل بالعمولة فقط وإنما يتمتع به كل دائن بدين تجاري عند تعدد المدينين.[2]

خامسا: مسؤولية الوكيل بعمولة لنقل الأشياء

يسأل الوكيل بالعمولة عن عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية أو تنفيذها الناقص أو المتأخر، كما يسأل عن ضياع الأشياء المطلوب نقلها سواء كان الضياع كليا أو جزئيا كما يسأل في حالة التلف أو التأخير في التسليم. إن ضمان الوكيل بالعمولة للنقل ليس إلا تطبيقا لمبدأ عام هو أن كل مدين ملتزم بتحقيق نتيجة يسأل أمام الدائن عن فعله الشخصي وأيضا عن أفعال الأشخاص الذين يعهد إليهم في تنفيذ التزامه طالما أنه هو الذي يختار هؤلاء الأشخاص، فالوكيل بالعمولة يسأل عن أعمال الناقل لأنه ملتزم بتحقيق نتيجة هي وصول البضاعة سالمة في الوقت المحدد.

[1] نسرين شريقي، الاعمال التجارية التاجر -المحل التجاري، الطبعة الاولى، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 19.

[2] هاني هليل هطيلان الفليح، مرجع سابق، ص 69.

فالوكيل بالعمولة لنقل الأشـياء مسـؤول عن أفعاله الشـخصـية وكذا عن أفعال مسـتخدميه وكذا عن أفعال الناقل. غير أنه يجوز الاتفاق على إعفاء الوكيل بالعمولة كلية أو جزئيا من مسـؤوليته شـرط أن يثبت أن عدم التنفيذ أو الضياع يعود لسبب خارج عن إرادته مثل:

- القوة القاهرة وهي حادث لا يمكن توقعه ولا دفعه كالزلزال ...الخ.
- العيب المتعلق بالشيء والذي يؤدي إلى إتلافه أو تعييبه كليا أو جزئيا.
- الخطأ الصـادر عن الموكل أو المرسـل إليه حسـب ما نصـت عليه أحكام المادة 57 من القانون التجاري بنصـها "يجوز إعفاء الوكيل بالعمولة كليا أو جزئيا من مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزاماته أو تنفيذها الناقص أو المتأخر بشـرط أن يثبت أن ذلك ناشـئ عن قوة قاهرة أو عيب خاص بالشـيء أو عن خطأ منسـوب إما لموكله أو المرسـل إليه "وهذا يتعلق بإعفاء الوكيل بالعمولة من المسـؤولية عن أفعاله الشـخصـية .وما نصـت عليه المادة 59 من القانون التجاري فيما يتعلق بمسؤولية الوكيل بالعمولة عن أفعال الناقل بنصـها" يجوز للوكيل بالعمولة اسـتنادا لاشـتراط كتابي مدرج في سـند النقل ومطابق للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل ومبلغ للموكل وفيما عدا الخطأ العمدي أو الجسـيم المرتكب منه بذاته أو من مسـتخدمه أو الناقل أو مسـتخدم هذا الأخير وان يشـترط إعفاءه كليا أو جزئيا من المسـؤولية". ويمكن اعفاء الوكيل بالعمولة من المسؤولية بموجب بند مدرج في عقد الوكالة بعمولة أو في سـند النقل ومطابق للقانون، كما يجب تبليغه للموكل. غير أنه لا يجوز الاعفاء من المسـؤولية إذا صـدر خطأ جسـيم عن الوكيل بالعمولة أو من أحد مستخدميه أو من الناقل أو من مستخدم هذا الأخير.

سادسا: العلاقات الناشئة عن عقد الوكالة بعمولة

فتنشـأ عن عقد الوكالة بالعمولة علاقات متعددة بين كل من الوكيل بالعمولة والموكل وبين الوكيل بالعمولة والغير المتعاقد معه وبين الموكل والغير.

1-علاقة الموكل (المرسل) بالناقل

أجازت المادة 60 /1 من القانون التجاري [1]للموكل أن يرفع مباشـرة على الناقل كل دعوى ناتجة عن عقد النقل مع تكليف الوكيل بالعمولة للحضور فيها بصفته مدخلا في الخصومة. فالأصل أنه لا توجد علاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد معه، فالموكل يظل أجنبيا عن العقد الذي يبرمه الوكيل بالعمولة مع الغير وبالتالي لا يجوز للموكل الرجوع على الغير بدعوى مباشـرة ولا يحق للموكل أن يرجع على الموكل، ومع ذلك أجاز القانون للموكل أن يطالب الغير مباشرة بحقوقه.

فبالرغم من كون الغير المتعاقد معه وهو الناقل الذي لم يتعامل مع الموكل بل مع الوكيل بالعمولة وباسم هذا الأخير فانه إذا توصل إلى معرفة اسـم الموكل فان القانون التجاري منحه رفع دعوى مباشـرة ضـد الموكل للمطالبة بالتعويض عن الإضـرار اللاحقة به من جراء تنفيذ عقد النقل، ويكون الوكيل بالعمولة مكلفا بالحضور بصفته مدخلا في الخصومة حسب المادة 60 /02 من القانون التجاري.

[1] تنص المادة 60 من القانون التجاري بقولها: "يجوز للموكل أن يرفع مباشـرة على الناقل كل دعوى متولدة عن عقد النقل ويكون الوكيل بالعمولة مكلفا قانونا بالحضـور فيها ويجوز للناقل أن يرفع مباشـرة على الموكل دعوى بطلب التعويض عن الاضـرار الحاصـلة له من جراء تنفيذ عقد النقل ويكون الوكيل بالعمولة مكلفا قانونا بالحضور فيها".

2-علاقة الوكيل بالعمولة والغير (المتعاقد)

تستند علاقة الوكيل بالعمولة والغير المتعاقد معه إلى العقد المبرم بينهما ومن ثم يلتزم الوكيل بالعمولة مباشرة تجاه الغير الذي تعاقد معه بكافة الالتزامات التي تنشأ عن العقد المبرم بينهما ويتلقى كافة الحقوق التي تترتب على هذا التعاقد لان الغير يعتبر الوكيل بالعمولة أصيلا في هذا العقد ما دام يتعاقد معه باسمه الشخصي كما لو كان العمل يختص به شخصيا [1].

سابعا: عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص

نصت المادة 69 من القانون التجاري على أنه " زيادة على الالتزامات المترتبة على ناقل الأشخاص والمنصوص عليها في المادة 65 يعد الوكيل ابتداء من تكفله بالمسافر مسؤولا عن الأضرار البدنية" فتقع على الوكيل بالعمولة لنقل الأشخاص جملة من الالتزامات هي:

- إيصال المسافر إلى وجهته المقصودة.
- أن يتم الإيصال في حدود الوقت المحدد في العقد.
- أن يضمن سلامة المسافر أثناء النقل بمعنى من نقطة الركوب إلى نقطة الوصول، وتبعا لذلك يسأل الوكيل بالعمولة عن الأضرار البدنية اللاحقة بالمسافر وهذا ابتداء من صعود المسافر إلى وسيلة النقل لغاية نزوله منها، فالوكيل بالعمولة مسؤول عن الأضرار الجسمانية التي تصيب المسافر سواء أضرار تؤدي إلى عجز المسافر عن العمل أو التشويه الجسدي أو عن موته.

[1] عمورة عمار، مرجع سابق، ص 80.

1-الإعفاء من المسؤولية

نكون أمام حالتين الأولى يجوز فيها الاعفاء من المسؤولية والأخرى لا يجوز فيها ذلك:

-حالة جواز الإعفاء من المسؤولية: يجوز إعفاء الوكيل بالعمولة كليا أو جزئيا من مسؤوليته من أجل عدم تنفيذه لالتزاماته أو الإخلال بها أو تأخير فيها أو عن الأضرار غير البدنية الحاصلة للمسافر، وهذا بموجب بند في عقد أو بموجب شرط كتابي مدرج في سند النقل بصفة قانونية ومبلغ للمسافر مع إثبات أن الضرر ناتج عن قوة قاهرة أو خطأ المسافر بموجب المادة 72 من القانون التجاري.

-حالة عدم جواز الإعفاء من المسؤولية: لا يجوز الإعفاء من المسؤولية ويعد كل اشتراط لذلك باطلا في حالة الأضرار البدنية الحاصلة للمسافر سواء كان الإعفاء جزئيا أم كليا. فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية في حالة الخطأ العمدي أو الجسيم الصادرين عن الوكيل بالعمولة أو عن مستخدميه أو من الناقل أو مستخدم هذا الأخير في حالة الأضرار غير البدنية و عن التأخر في التنفيذ وبخصوص الأضرار البدنية أي الجسمانية الحاصلة للمسافر فانه لا يجوز الإعفاء من المسؤولية إطلاقا بمعنى حتى ولو في حالة عدم ارتكاب الوكيل بالعمولة أو من يقوم مقامه أو الناقل لخطأ جسيم أو عمدي لمخالفة ذلك للنظام العام، فالحق في السلامة الجسمية لا يجوز أن يكون محلا لأي اتفاق لأنه من الحقوق اللصيقة بالشخص ولأنه يقابله واجب عام يقع على جميع الأشخاص الآخرين بعدم الاعتداء عليه.

ثامنا: مسؤولية الوكيل بالعمولة للنقل في حالة النقل المتعاقب

النقل المتعاقب هو عقد النقل الذي يقوم بتنفيذه عدة وكلاء للعمولة بوسيلة نقل الواحد منهم عقب الآخر والذي يعتبر مع ذلك بالنسبة للمرسل أو للمرسل إليه عملية واحدة، لذلك فلا يعتبر من قبيل النقل المتعاقب وجود عدة عمليات نقل مستقل كل منها عن الآخر تؤدي إلى وصول البضائع في النهاية إلى المرسل إليه، بل نكون هنا بصدد عقود نقل متعددة ولكنها مستقلة وتخضع مسؤولية النقل في كل منها للقواعد العامة [1].

[1] علي الزعبي ومنصور الصرايرة، المسؤولية المدنية للوكيل بالعمولة، ص156.

الفصل الثالث

الكفالــة المصرفيــة

تمهيد

تعد التعهدات المصرفية من العمليات البنكية التي تم ابتداعها وتطويرها من قبل البنوك ذلك أن تعقيدات الحياة الاقتصادية أصبحت تتطلب من البنوك وسائل ائتمانية جديدة بما يواكب التطور الاقتصادي والتجاري[1].ظهرت الكفالة البنكية كنتيجة حتمية لتطور النظام البنكي وتنوع أعماله منذ أن أصبح شخصا مليئا، بحيث استعارت البنوك بعض أدوات القانون المدني وأدخلت عليها تعديلات تتماشى مع طبيعة التعامل البنكي، على رأسها الكفالة تؤدي الكفالة المصرفية دورا هاما على مستوى تمويل التجارة الداخلية والخارجية وابتكرها العرف المصرفي كنوع من التسهيلات الائتمانية التي تقدمها البنوك لعملائها وتسمى بالاعتماد بالكفالة .

تندرج الكفالة البنكية ضمن التسهيلات الائتمانية غير المباشرة أو ما يسمى الائتمان بالتوقيع المقدمة للعملاء بدلا عن التأمين النقدي بهدف ضمان الوفاء بالالتزام لصالح المستفيد، وتعد كأداة ضمان بالالتزام الأصلي الواقع على العميل (المدين الأصلي) لصالح المستفيد، وهي صورة من صور الضمان المصرفي كما قال الدكتور محمود الكيلاني، كما أقر الفقه والقضاء الطابع التبعي للكفالة البنكية قصد تميزها عن باقي الأنظمة القانونية كما تعد دعامة مالية أساسية يرتكز عليها منح العديد من عمليات الائتمان. ويضم البنك الكفيل ذمته إلى ذمة العميل لضمان الوفاء بالالتزام المكفول. فيتعهد البنك في مواجهة الغير بتأدية الالتزام التعاقدي الذي يتحمله العميل

[1] بنت الخوخ مريم، دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان دفاتر البحوث العلمية، العدد الحادي عشر ديسمبر، 2017، ص 370.

إذا لم يفِ به المدين فيقوم البنك بإقراض توقيعه. فالبنوك بدأت تستعير بعض أدوات القانون المدني حتى تتماشى مع طبيعة التعامل البنكي ولها أهمية كأداة أو أحد الضمانات الهامة التي تمنحها البنوك بمناسبة العمليات في مجال الائتمان فالبنوك مهني متخصص.

الكفالة البنكية عقد ضمان شخصي وهي أداة الثقة والائتمان، وترتب التزام شخصي في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الاصلي إذا لم يفِ به المدين، وهي تابعة للالتزام الأصلي في وجوده وانقضاءه وصحته وبطلانه وفي أوصافه. كما أن دليل لجنة اليونسيترال الدولية التشريعي أفردت دليلا خاصا بالكفالات والضمانات اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1998.وهي الية ضمان ابتكرها العرف المصرفي ويعتبر تقديمها البديل المقبول المطلوب دفعه.

أولا: تعريف الكفالة المصرفية

1-التعريف اللغوي

الكفالة لغة: تعني الضَمَّ، كفَلَه أي ضمِنَهُ، وكفَّلَه المال أي ضمنه إياه. وتعني أيضا التعهد والتحمل عن الآخرين. كفَلَ عيْشَهُ: أي تكفَّلَ به، فقام عليه وكفل يتيما أي رباه وأنفق عليه، كما في قول الله تعالى: "وكَفَّلَهَا زكَريَّا". وكفَلَتِ الأم ولدها أي ضمته إليها، ومنه كفل الرجل أي ضمِنَهُ وكفل دين شريكه أي تعهد بدفعه في حال عدم تمكنه من تسديده أو تمنعه.

2-الكفالة اصطلاحا

هي أن يتعهد الشخص (الكفيل) بإحضار المدين (المكفول) إلى الدائن (المكفول له) عند حلول أجل الدين وامتناع المدين من دفعه، وهي بذلك لا تخرج في معناها الاصطلاحي عن معناها اللغوي، إذ أنها تعني الضم والضمان.

3-الكفالة شرعا

هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بدين أو عين أو نفس.

يستخدم لفظ الكفالة في القانون بمعان مختلفة تختلف حسب موضوعها وحسب غاية القانون من تنظيمها، فتطلق الكفالة عندما يلتزم شخص بإيداع مبلغ نقدي أو أوراق مالية ضمانا لما يترتب في ذمته من مسؤولية احتمالية بمناسبة ما يعهد إليه من أعمال، أو ضمانا لرد ما يتراكم تحت يده بحكم عمله من أموال وإذا كانت هذه القيمة المالية تسمى كفالة إلا أنها لا تعتبر كفالة بالمعنى.

4-التعريف الفقهي

الكفالة المصرفية أو الاعتماد بالكفالة[1] هي "ذلك التصرف الذي بمقتضاه يتعهد البنك في مواجهة الغير بتأدية الالتزام الذي يتحمله عميله تجاه الغير "، وقد عرفها جانب من الفقه بأنها " ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام. وعرفها جانب آخر بانها " عقد يكفل بموجبه الكفيل تنفيذ الالتزام إذا لم يفِ به المكفول".

[1] هاني دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2003، الاسكندرية، ص 285.

وعرفها جانب آخر بأنها " تعهد كتابي يصـــدر من البنك بناء على طلب عميل طالـب الإصـــدار أو المكفول يتعهـد البنـك بموجبـه بـدف مبلغ نقـدي لا يتجـاوز قيمـة الكفـالـة خلال مـدة محـدودة وأن هـذا الـدفع غير معلق على شرط ما لم تنص الكفالة في متنها على توفر شرط يعلق على تنفيذها".

وعرفها جانب آخر: بأنها تعهد قطعي صـــادر من البنك الكفيل بناء على طلب العميل المكفول بدفع مبلغ نقدي (مبلغ الكفالة) خلال مدة معينة ولغرض معين إلى المســـتفيد في حالة إخلال ذلك العميل بتنفيذ ذلك الالتزام ووفق الشـــروط المحددة. وهي كذلك "عقد رضـــائي يكفل بمقتضـــاه المصـــرف تنفيـذ التزام معين على العميـل بـأن يتعهـد لـدائنيـه بـأن يفي بهـذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفســه أي العميل". وهي أداة ائتمان يقدمها البنك لكفالة عميلـه حيـث يتعهـد بموجبـه بـالوفـاء بـدين العميـل اتجـاه الغير إذا أخـل هذا الأخير بالالتزام الذي كفل البنك تنفيذه .[1] وعليه فالكفالة البنكية تتمثل في ضـــم ذمة البنك الكفيل إلى ذمة عميله في ضـــمان الوفاء بالالتزام المكفول فـالبنك بقوتـه المـاليـة يســـتطيع أن يتـدخـل ليكفـل أحـد عملاءه في مواجهـة دائنيه، وتفترض وجود عقـدين الاول بين الـدائن والمدين وهو العقـد الأصـــلي والثـاني بين البنـك بصـــفتـه كفيلا لعميلـه ولا يكون فيـه المـدين طرفـا فيـه وهو عقـد الكفـالـة ويفي البنـك بـاعتبـاره كفيلا بموجـب هـذا العقـد بـالالتزام المكفول إذا لم يفِ به المدين الأصـــلي .ففي الكفالة المدنية طرفان هما الدائن والكفيل. ولا يشـــترط رضـــا المدين ولا علمه في الكفالة المدنية المادة 672 من القانون المدني.

[1] بنت الخوخ مريم، مرجع سابق، ص 369.

ومن أجل دعم وتنظيم التجارة الدولية أعدت غرفة التجارة الدولية بباريس لائحة وأصول والأعراف الموحدة للكفالات المصرفية في سنة 1978 وأخرى 1992، وأصدرت نظام جديد في 2010 تحت رقم 758 من أجل وضع قواعد دولية موحدة للكفالة المصرفية.

5-التعريف التشريعي

تعريف المشرع التونسي للكفالة: عرفها بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يؤدي للدائن ما التزام به المدين إن لم يؤده"، كما لم يختلف بذلك تعريف المشرع التونسي عن المغربي.

تعريف المشرع الفرنسي للكفالة: عرف المشرع الفرنسي الكفالة في المادة:2288 من القانون المدني الفرنسي كما يلي: " الشخص الذي يصبح كفيلا بالتزام، يخضع في مواجهة الدائن لتحقيق هذا الالتزام إذا لم يحققه المدين بنفسه". وبذلك يكون المشرع الفرنسي أيضا قد تجنب تحديد مصدر الالتزام في الكفالة بالعقد وجعله متعددا. "تجسدت هذه الكفالة البنكية في صورتين: إما أن يكون البنك كفيلا لتعهدات زبائنه، أو أن يتطلب كفالة بنك آخر لمنح الائتمان للزبون، في حالة عدم كفاية ضماناته[1].بناء على ذلك، عرفها بعض الفقه بأنها: "تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين إلى المستفيد بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك.

[1] بن بابوش فاطنة، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية، 2019-2018، ص 22.

لم ينص المشـــرع الجزائري على أحكام خاصـــة بالكفالة المصـــرفية وتســـري عليها عموما القواعد العامة لعقد الكفالة التي نظمها القانون المدني في المواد 644 إلى 673 مع مراعاة الاحكام الخاصـــة باعتبارها عملا مصـــرفيا وتسري عليها مقتضيات العرف المصرفي.

واكتفى المشـــرع الجزائري بتعريفه للكفالة في إطار القواعد العامة في المادة 644 ق.م فقد عرفت الكفالة على أنها: "الكفالة عقد يلتزم بمقتضـــاه شـــخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفســـه". ويُفهم من النص أن الكفالـة في القـانون الجزائري ترتكز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، وهي بذلك تابعة للالتزام الأصلي في وجوده وانقضـــائه، وصـــحته وبطلانه بل وفي أوصـــافه. فهي ترتب التزاما شـــخصـــيا في ذمة الكفيل، محله الوفاء بالالتزام الأصـــلي إذا لم يفِ به المدين وانضمام ذمة مالية أخرى إلى ذمة المدين في ضمان تنفيذ الالتزام. كما نستنتج من هـذا التحليـل المختصـــر لنص المـادة 644 من القـانون المـدني الجزائري أن الكفالة في ظل القانون الجزائري هي عقد تأمين شـــخصـــي يلتزم بموجبه الكفيـل بـالوفـاء بـالتزام المـدين متى عجز هـذا الأخير عن أدائـه إلى دائنـه وذلك بضم الذمتين. كما أن لها عنصران: أحدهما مادي يتم بواسطة ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أي قيمة أخرى، والآخر عنصـر الشـخص الكفيل الـذي يمثـل في حـد ذاتـه الضـــمـان لتنفيـذ الالتزام من طرف شـــخص آخر وهو ما يعرف بالكفالة الشـــخصـــية والتضـــامنية. من هذا المنطلق، اعتبرت التبعية من الأمور الحتمية للكفالة في القانون الجزائري. لكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن صفة التبعية هي من النظام العام، فمبدأ الرضائية في هذا العقد

يسـمح بأن يسـتبعد الأطراف هذه الصـفة، ومع ذلك لا تكون مخالفة للنظام العام. غير أنهم يكونوا قد اسـتبعدوا صـفة الكفالة من هذا الاتفاق لتتحول إلى نظام جديد هو الضـمان المسـتقل". كما أن عبارة (إذا لم يفِ به المدين نفسـه) يجـب أن لا يفهم منهـا أن التزام الكفيـل معلق على شـرط واقف وهو عدم قيام المدين بالوفاء وانما تعهد الكفيل منجز ويقصـد منها أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي[1].

وإن اشـتراط التضـامن لا ينفي عن الكفالة البنكية طابعها التبعي، لأن الكفيل وان كان يتنازل عن حقه في الدفع بالتجريد والتقسيم، إلا أنه يبقى محتفظا بمعظم حقوقه، بما فيها رجوعه على المدين الأصـلي بكل ما وفاه عنه. ولكن يمكن اعتباره تخفيفا للطابع التبعي للكفالة أيضا.

يتم تحرير الكفالة حسـب الصـيغ التي تلائم المصـلحة المتعاقدة (الدائن) والبنك الذي تنتمي إليه الأمر الذي يسـتوجب إبرامها في إطار عقود نموذجية، تعتمد فيها البنوك على أسـلوب موحد، يصـفها البعض بأنها عقود إذعان - تأسـيسـا على هذا الأسـلوب الموحد وبسـبب عدم تعديل البنك لبنود العقد - رغم توضيحها لحقوق وواجبات الأطراف.

[1] أسماء مرابط، محمد دمانة، كمال بوداحرة، الضمانات الشخصية المستحدثة، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 6 العدد2 ديسمبر ،2019، ص 104.

وأن الحاجة السريعة لإتمام التعاملات يقتضي إفراغ هذه الكفالات في قالب نموذجي من أجل ربح الوقت. كما أن القوانين المصرفية على المستوى الدولي تتميز بأنظمتها الموحدة لاسيما الاعتمادات والكفالات وغيرها مما تتعلق بالتجارة الخارجية، بحيث لا تعطي العميل المجال لتغيير نصوصها المطبوعة لأنها نظم عالمية مقننة من طرف رجال قانون، وخبراء غرفة التجارة الدولية ولجنة اليونسترال الدولية، التي أفردت دليلا خاصا بالكفالات والضمانات. نظمها المشرع الجزائري بموجب النظام رقم 93 /02 المؤرخ في 03 جانفي 1993 المتعلق بإصدار خطابات الضمان والضمانات المقابلة من قبل البنوك الوسيطة المعتمدة وكذا تعليمة رقم 05/94 المؤرخة في 2 فيفري 1994.

ويرى جمال الدين عوض أن خطابات الضمان تتمثل في التعهدات المكتوبة الصادرة منالبنك الضامن بطلب من العميل بشأن عملية محددة أو غرض محدد يتوجب فيه على البنك بأن يدفع إلى الطرف الثالث (المستفيد) مبلغ من النقود عند أول طلب منه سواء كان طلبا مجردا أو مبررا أو مصحوبا بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد خلال أجل محدد رغم أية معارضة من العميل.

فخطاب الضمان تصرف قانوني والتزام شخصي في علاقة مباشرة ومستقلة ومنفصلة عما يحيط به من علاقات صادر من البنك بإرادته المنفردة مصدره الاعراف المصرفية، ويلتزم فيه بدفع مبلغ نقدي محدد أو قابل للتحديد لمستفيد معين بالذات بناء على طلب العميل، وهو غير قابل للرجوع فيه خلال مدة أجله.

ومن ثم فخطاب الضمان يعد تصرفا قانونيا يرد في صك يوجهه البنك إلى المستفيد بناء على طلب العميل الآمر يتعهد بمقتضاه تعهدا مباشرا غير قابل للتداول أو التنازل بدفع مبلغ نقدي خلال مدة محددة متفق عليها مسبقا بين البنك والعميل

ثانيا: خصائص عقد الكفالة المصرفية

تتميز الكفالة المصرفية بجملة من الخصائص نوجزها فيما يلي:

1-الطابع التجاري للكفالة البنكية

ذلك أن المشرع الجزائري اعتبر العمليات المصرفية وعمليات الصرف أعمالا تجارية بحسب الموضوع بنص القانون المادة 13/2 من القانون التجاري. وبالرجوع لأحكام القانون المدني فتعتبر الكفالة عملا مدنيا وفقا للمادة 1/651 بغض النظر عن طبيعة الدين أو الكفيل باستثناء الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق التي اعتبرها عملا تجاريا في الفقرة الثانية، أما الكفالة المصرفية فهي تمنح بمقابل.

2-الطابع التبعي للكفالة البنكية (خاصية التبعية)

حيث أن التزام البنك الكفيل يتبع الالتزام الأصلي لأن التزام البنك هو تابع للالتزام المدين المكفول ومرتبط به من حيث صحته أو بطلانه، فالكفالة هنا عقد تابع لعلاقة أصلية سابقة وهي علاقة المديونية على عكس خطاب الضمان مثلا الذي أنشأ في ذمة البنك التزاما أصليا ويصبح مدينا أصليا ومباشرا بدفع قيمة المبلغ النقدي للمستفيد، ويجوز أن يكون التزام البنك أقل من التزام العميل وبضمان جزء من الدين. فعقد الكفالة لا يوجد لذاته بل لضمان الوفاء بالتزام المدين، ويدور مع هذا الحق وجودا وعدما فلا يوجد إلا عند قيامه صحيحا ولا ينشأ مستقلا بنفسه.

وبالتالي فلا تنعقد الكفالة إلا إذا صح الالتزام الأصلي الذي تكفله وهي مرتبطة بصفة مباشرة به في صحته ومحتواه وآثاره، ولا يشترط أن يكون الالتزام الأصلي سابقا على نشوء التزام البنك فقد يكون دين مستقبلي بشرط أن يكون محددا أو قابلا للتحديد في مقدار الكفالة.

كما أن التزام الكفيل (البنك) لا يتجاوز التزام العميل الأصلي ويكون بشروط أهون، وهو مبدأ التناسب بين الكفالة والدين المضمون، ولا يكون بشروط أشد ولا يتجاوز المبلغ الذي يتحمله المدين وهنا يتم تخفيض التزام الكفيل في حدود التزام المدين الأصلي. كما أن الدائن المستفيد يرجع على المدين الأصلي (العميل) أولا ثم على الكفيل بعد أن يثبت تقاعسه وإخلاله بالالتزام.

ولا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا في حين أن الالتزام الأصلي معلق على شرط واقف أو مضاف إلى أجل، في حين أنه في الأوراق التجارية الضمان الاحتياطي فيكون التزام الضامن صحيحا حتى ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلا حسب المادة 409 من القانون التجاري.

إن العلاقة القانونية بين البنك الكفيل ودائن العميل نشأت عن عقد الأساس "عقد الدين"، وتبدو خاصية تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي أهم خصيصة للتأمينات الشخصية، بحيث لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين ذلك في حدود الالتزام المكفول، فلا يجوز أن يكون التزامه بمبلغ أكبر وبشرط أشد، مع تمسك الكفيل بالدفوع التي للمدين الأصلي وإذا بطل الالتزام الأصلي فإن التزام الكفيل يسقط، كما لا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط أو مضافا لأجل.

إلا أنه في الكفالة المصرفية إذا اشترطت التضامن فيما بين الكفيل والمدين في مواجهة الدائن فلا يخرجها عن طابعها التبعي لأن الكفيل يحتفظ بحقوقه التي منها رجوعه على المدين الأصلي بما وفاه، إلا أن هذا لا ينزع عن الكفالة المصرفية نوع الاستقلالية، ومن نتائج تبعية عقد الكفالة المصرفية أن التزام البنك لا يكون صحيحا إلا إذا كان التزام المدين المكفول صحيحا، وأن الكفالة تنتهي باتحاد ذمتي الكفيل والمدين الأصلي، وأن مصير التزام الكفيل يتبع مصير التزام المدين المكفول من حيث سريان تقادم التزام الكفيل الذي يبدأ من تاريخ تقادم التزام المدين الأصلي كما أن انقضاء الالتزام الأصلي يؤدي إلى انقضاء التزام الكفيل.

ويجب أن يكون التزام البنك معينا نافيا للجهالة أي تحديد التزام الكفيل بدقة في الكفالة المصرفية ومقدارها وتاريخ بدايتها ونهايتها والقيمة المحددة، أي ضرورة تحديد نطاق الكفالة ولا تكتفي بضمان أصل بل ملحقات والمصروفات أي القيمة تكون محددة ومبينة بوضوح. وللكفيل (البنك) إذن التمسك بجميع الدفوع التي يتمسك بها المدين الأصلي (العميل).

وفي حالة امتداد الالتزام الأصلي امتد معه أجل التزام الكفيل عند حلول أجل الدفع.

ويلتزم الكفيل (البنك) بالإخطار بالدفع من طرفه وإعلام العميل فالكفيل سوف يقضي التزام الغير وله استرجاع ما أداه، وربما تكون للمدين أسباب تقضي ببطلان أو الانقضاء وإذا لم يعارض الوفاء جاز له الوفاء. وأن التضامن المفترض في الكفالة المصرفية لكونها تجارية بين الكفيل والمدين في مواجهة الدائن لا يخرجها عن طابعها التبعي. كما يترتب على تبعية الكفالة للالتزام الأصلي بعض النتائج من أهمها:

- أن الكفالة لا تنعقد إلا إذا صح الالتزام الأصلي الذي تكفله، وببطلانه تبطل بدورها. ولا يعني بالضرورة أن يكون سابقا لها، فالدين الذي ينشأ مستقبلا وإن كان غير محددا في مدته وطبيعته تصح كفالته، ويكفي أن يكون محددا في مبلغه وقابلا للتحديد فيما غير ذلك.

- أن التزام الكفيل لا يجب أن يتجاوز التزام المدين ولا أن يكون بشروط أشد، مع إمكانية جوازه في مبلغ أقل وبشروط أهون.

3-موضوع التزام الكفيل (البنك) في عقد الكفالة هو نفسه موضوع التزام المدين الأصلي

على اعتبار التزام كل من الكفيل والعميل بدين واحد، أما خطاب الضمان فهو أداء مبلغ نقدي محدد وليس نفس التزام العميل في عقد الأساس (أكبر، يساوي، أقل). فارتباط التزام البنك بالتزام العميل المدين (المكفول) يكون في صحته ووجوده وانقضاءه وعليه لا بد من تحديده في المقدار والنطاق، وهذا ما نص عليه ق م م 654 ق م " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يتمسك بها المدين". أما في الكفالة فلا يجوز أن تكون بمبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا يمكن أن يكون بشروط أشد من شروط الدين المكفول فلا يمكن أن يكون التزام البنك متجاوز، أو أكبر من الالتزام الأصلي وهذا ما نصت عليه م 652 ق.م " لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون".

فلا يستطيع المستفيد الدائن الرجوع على البنك على الكفيل (البنك) إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي وهو العميل، ويجوز للبنك في هذه الحالة التمسك بنفس الدفوع التي يدفع بها العميل أي المدين الأصلي كبطلان العقد الأساسي، وإذا بطل الالتزام يبطل الالتزام التبعي فانقضاء الالتزام الأصلي يؤدي لانقضاء الالتزام التبعي المادة 654 من القانون المدني ومعناه كذلك لا يمكن أن يكون التزام البنك صحيحا إلا إذا كانت العلاقة الأصلية صحيحة كما أن التزام البنك الكفيل يكون بأداء مبلغ نقدي أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

4-الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد

لأن البنك الكفيل يتحمل بمفرده الالتزام الذي ينشئه هذا العقد، وإذا تلقى الكفيل عوضا مقابل كفالة لعميله فإن هذا العوض يتلقاه من عميله لا من دائن العميل. فالكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل الذي يلتزم أمام الدائن بالالتزام المكفول ويضل المدين في هذا الالتزام بعيدا عن هذا العقد، وهي عقد يفترض وجود التزام أصلي ويكون التزام الكفيل ضمانا لتنفيذ هذا الالتزام، ومع أنه يرتب آثارا في جانب الكفيل فقط فهو لا يعني بذلك أن لا تكون الكفالة مصدرا لالتزامات متبادلة وملزمة لجانبين.

5-الاعتبار الشخصي في الكفالة المصرفية

يعد الاعتبار الشخصي أحد الدعائم لتقوية الائتمان بما يعني أن العميل الذي كان سببا في إبرام الكفالة في ما بين البنك ودائنه محل نظر البنك من حيث ملاءته وثقته ووضعه المالي، ذلك أن الضمان لا يمنح حتى مقابل العوض إلا بناءا على علاقة تقوم على الثقة بين الكفيل والمدين لأن الكفالة تغطي شخصا لا دينا بالذات، فالبنك يلتزم وفاء دين عميله إذا لم يفِ به الأخير كتقوية ضمانات الوفاء بدينه.

6-الرضائية في عقد الكفالة المصرفية

عقد الكفالة المصرفية عبارة عن تصرفين قانونيين صدر الأول عن الكفيل بإرادة حرة غير مشوبة باي عيب ليلتقي بالثاني الصادر عن الدائن بإرادة حرة غير مشوبة بأي عيب، وينعقد وينفذ بإيجاب الكفيل في القانون المدني ما لم يرده المكفول له، ورضائية البنك ترد في عبارات العقد التي تستلزم الوضوح أو الصراحة بعيدا عن أي لبس حول نية تحمل الالتزام، فالكفالة عقد رضائي لا يثبت إلا بالكتابة مهما كانت قيمة الالتزام الأصلي المكفول، فالكتابة مطلوبة لإثبات رضاء الكفيل، أما رضاء الدائن فيجوز إثباته بكافة الطرق.

ثالثا: نطاق الكفالة المصرفية

الكفالة البنكية من العقود الملزمة لجانب واحد تقوم على الاعتبار الشخصي، يتبع العقد في تنظيمها وشروطها العقد الأصلي مقابل عمولة، إذ أن هذه العمولة تعتبر في شق منها أجرا عن الخدمة التي يقدمها البنك لعميله وفي شق آخر يغطي المخاطر المحتمل تعرضه لها، ولا تكون الالتزامات التي يرتبها العقد صحيحة إلا إذا كان العقد صحيحا، والالتزام المكفول في الكفالة المصرفية يكون مبلغ من النقود.

1-حدود التزام البنك في الكفالة المصرفية

فنطاق **التزام الكفيل يتحدد بعقد الكفالة:** الكفالة هي وليدة اتفاق إرادي فيتحدد الالتزام من حيث موضوعه، أشخاصه، مدته وأوصافه.

- **من حيث الموضوع:** فإما أن تكون الكفالة مطلقة غير المحددة لتشمل أصل الدين المكفول و ملحقاته كالفوائد الاتفاقية أو القانونية، التعويضات الناشئة عن إخلال المدين بالتزامه سواء بعدم التنفيذ مصروفات المطالبة الأولى وهي جميع المصروفات التي ينفقها البنك في مطالبة المدين والتي تشمل تكاليف الإعذار و رسوم رفع الشكاوي ومصروفاتها حسب نص المادة 653 من القانون المدني الجزائري، وإما تكون الكفالة محددة إذا تضمن عقد الكفالة تحديدا واضحا لنطاق الالتزام أي أن الأطراف أوردوا اتفاقا لرسم التزام الكفيل فيمكن أن يتم الاتفاق على أن الكفيل لا يضمن سوى أصول الدين دون الفوائد أو المصاريف.

2-نطاق التزام الكفيل يتحدد بالالتزام الأصلي

تقوم الكفالة لضمان الوفاء بالتزام أصلي، والتزام الكفيل يعتبر تابعا لالتزام المدين، فنطاق التزام الكفيل يرتبط بنطاق التزام المكفول الذي يجب أن يكون محددا في موضوعه ومقداره وأوصافه، فالكفيل يجب أن يلم بطبيعة الالتزام المراد كفالته سواء تمثل في عمل أو مبلغ نقدي.

ويكفي عند إبرام عقد الكفالة أن يحدد الاتفاق الأسس اللازمة فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي، إلا أنه بالعكس يجوز أن يكون التزام الكفيل أقل من التزام المكفول، كما يمكن أن يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ في الالتزام الأصلي.

ومهما كانت قيمة الالتزام الأصلي فلا يمكن للمستفيد الدائن الرجوع على البنك (الكفيل) إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي، وهذا من نتائج تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المادة 660 من القانون المدني "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين" لأن دور البنك في هذه الحالة هو أداة ائتمان وتهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزام والوفاء وتوفير التأمين من المخاطر (الإفلاس وغيرها ...). يجوز إبرام الكفالة على التزام مستقبلي فلا يشترط أن يكون الدين الأصلي قد نشأ وقت ابرام عقد الكفالة، وإنما يمكن أن يكون متعلقا بالتزام مستقبلي وكذلك الالتزامات المعلقة على شرط وهذا ما نصت عليه م 650 ق.م "تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط ...".

يتميز خطاب الضـــمان بجملة من الخصـــائص المتميزة كونه واحدة من العمليات البنكية الي تمتهنها البنوك نتناولها كما يلي:

- خطاب الضمان موضوعه مبلغ نقدي معين المقدار:

من الثابت بان البنك بموجب خطاب الضـــمان يلتزم بدفع مبلغ معين من النقود محـددا أو قـابلا للتحـديـد، ومن ثم فلا يلتزم بتنفيـذ المشـــروع المضـــمون (غرض خطاب الضـــمان) لأن البنك ليس بديلا عن العميل الآمر، كما أنه ليس بمدين متضامن مع العميل الآمر تجاه المستفيد، وإنما جل التزام البنك بموجب خطاب الضـــمان هو التعهد بالدفععند المطالبة القانونية، وهو التزام منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل الآمر لالتزامه تجاه المستفيد.

- خطاب الضمان يرتب التزام أصلي في ذمة البنك المصدرللخطاب:

إن إصـدار خطاب الضـمان يترتب عليه نشـوء علاقة مديونية جديدة تربط البنك في مواجهة المستفيد بمجرد التوقيع وهو التزام أصلي غير تابع لأية علاقة قـانونية كعقد الاعتماد بالضـــمان، بالرغم من أن هذا العقد الأخير هو الذي يعد أســاســا لمبادرة البنك بإصــدار خطاب الضــمان، فالبنك يلتزم دائما بالخطاب أيا كان مركز العميل الآمر، وأيا كان مصـــير العقد بين العميل الآمر والمسـتفيد بحيث لا يكون للبنك التمسـك بحق التجريد من خلال رفض التسديد ما لم يتم التنفيذ أولا على أموال العميل الآمر.

كما تقترن الصفة الأصلية لالتزام البنك بموجب خطاب الضمان بصفة أخرى بالغة الأهمية تتمثل بتجرد هذا الالتزام عن أي علاقة تربط الأطراف ذات الصلة بخطاب الضمان إذ لا يخضع الالتزام بموجب هذا الخطاب لأي عنصر خارجي، بمعنى أن التزام البنك المصدر لخطاب الضمان منقطع الصلة بالتزام العميل الآمر ولا يتوقف مضمونه أو مقداره واستحقاقه على عنصر خارج عن الخطاب نفسه. فهذا الأخير وحده يحكم العلاقة القائمة بين المستفيد والبنك المصدر لخطاب الضمان بعيدا عن علاقة البنك بالعميل الآمر. ومعناه أنه لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقته بالعميل كامتناع البنك عن دفع مبلغ الضمان إلى المستفيد بسبب عدم تنفيذ العميل لالتزامه بتقديم الغطاء النقدي أو العيني أو العمولة. وعليه لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقته بعميله أي الدفوع الناشئة عن عقد الاعتماد كما لا يجوز أن يتمسك بالدفوع المستمدة من علاقة الأخير بالعميل أي الدفوع الناشئة عن عقد الأساس.

فيتميز خطاب الضمان أنه تعهد منجز غير مؤجل ذلك أن صدوره مؤجلا ينفي عنه المعنى المستقر من الخطاب، فالغالب أن تتضمن الخطابات عبارات تفيد هذه الفورية. فالفورية إنما هي سبب الوظيفة الرئيسة التي من أجلها نشأ الخطاب وهذه الفورية يحكمها العرف المصرفي أو العادة المصرفية وتكون في مدة معقولة.

-خطاب الضمان يرتب التزام قطعي في ذمة البنك المصدر للخطاب:

فخطاب الضـمان يرتب التزاما قطعيا باتا ونهائيا في ذمة البنك بالدفع لدى أول مطالبة خلال نفاذية الخطاب التي تعد مصـدر تعيين التزام البنك بموجب الخطاب، باعتباره التزاما أصـليا ومجردا وقطعيا في آن واحد ويصـبح البنك ملتزما به متى وصـل الخطاب إلى علم المسـتفيد. وأن اعتبار التزام البنك الناشـئ عن خطاب الضـمان باتا ونهائيا في مواجهة المسـتفيد يجعل الخطاب صـالحا لتأدية الوظيفة التي نشـأ من أجلها وهو كونه بديلا عن التأمين النقدي الـذي وضـع لصـالح المسـتفيد فـالتجرد يقتضـي الوفـاء دون الالتفـات إلى أي عارض يعيق استمراره.

-خطاب الضـمان عمل تجاري وذو مدى زمني محدد ويقوم على الاعتبار الشخصي:

خطاب الضـمان هو أداة ائتمانية فلا يقبل البنك بضـمان عميله إلا لثقته فيه ومقدرته على تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها، والأعمال المصرفية تعد أعمالا تجارية بحسـب الموضـوع على أسـاس نص المادة الثانية فقرة ثالثة عشـر من القانون التجاري كما أن التزام الضـامن (البنك) في خطاب الضـمان ينشـأ عن عقد ملزم لجانب واحد فلا يجوز تحويله ولا تظهيره ولا التنازل عنه للغير. كما أن التزامه يبقى قائما لفترة محددة فالمدة تعد عنصـرا مهما لاحتساب عمولة البنك المترتبة له بهذا الشأن. كل هذا يقتضي ضرورة تحديد المدة في وثيقة خطاب الضـمان بحيث تكون مطالبة المسـتفيد خارج هذه المدة سـقوط التزام البنك بموجب هذا الخطاب، فبانقضـاء مدة خطاب الضـمان

ينقضـي نهائيا التزام البنك المصـدر له ما لم يتم الاتفاق على تمديده قبل انقضائه أو تجديده بعد انتهاء مدته. وقد اختلف الرأي حول تحديد الشخص محل الاعتبار الشـخصـي فهناك من يجد أنه العميل على اعتبار وجود علاقة أسـاس سـابقة تولدت عنها الثقة والقدرة على تنفيذ الالتزام ووجود عناصـر حسـن النية والأمانة وغيرها. وهناك من يرى أن الاعتبار الشخصي في شخص المستفيد باعتبار أن خطاب الضمان يصدر لصالحه وبالتالي يلتزم بعدم نقله لشـخص آخر أو التنازل عنه باعتباره سـند ائتماني اسـمي يذكر فيه اسـم المسـتفيد بالتحديد. كما أن علاقة البنك بالعميل هو "وعد بالاعتماد بالتوقيع" لذلك أول ما يجب على البنك قبل تعاقده مع العميل هو دراسـة مركز العميل المالي ودرجة يسـاره والتزاماته المالية وإمكانياته للوفاء بتعهداته على الوفاء بقيمة الضمان.

3-قاعدة الاستقلالية في خطاب الضمان واستثناءاتها

إن توقيع البنك على خطاب الضمان يترتب عليه نشأة علاقة مديونية جديدة تربط البنك بالمستفيد مباشرة وهذه العلاقة الجديدة منفصلة تماما عن علاقة البنك والعميل ألا وهي عقد الأسـاس، وعليه سـنتطرق إلى تحديد المقصود قاعدة الاستقلالية والاستثناءات المتعلقة بها.

4-المقصود بقاعدة الاستقلالية في خطاب الضمان

إن التزام البنك في خطاب الضـــمان يتعلق بدفع مبلغ نقدي عند أول طلب دون أن يتوقف ذلك على أية عناصـــر خارجية حتى ولو كانت له علاقة بعلاقة الأســـاس أي علاقته بالعميل، وليس للبنك الضـــامن أن يثير أي دفع في مواجهته وليس ما يدفعه البنك أي المبلغ النقدي تعويضا للمستفيد نتيجة عدم تنفيذ العميل لالتزاماته، وإنما ينشئ التزاما أو دينا جديدا، وهو مستقل عن الدين التي يضـــمنه بموجب خطاب الضـــمان. فخطاب الضـــمان تعهد يصـــدر من البنك بناء على طلب العميل (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويتضـح من هذا أن التزام البنك بموجب خطاب الضمان يتميز بكونه التزاما ذا مضمون نقدي من جهة وذا مدى زمني من جهة أخرى.

إن سريان هذه القاعدة في خطاب الضمان تستثني حالات توفر الغش أو التعسـف تماشـيا مع قاعدة "الغش يفسـد كل شـيء" إذ أن هذه الحالات أصـبحت من القواعد المسـتقرة كما عالجت اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995 أثر الغش على التزام البنك وذلك من خلال القواعد التي وضعتها والتي عالجت فيها الضمانات المستقلة.

رابعا: العلاقات الناشئة عن الكفالة المصرفية

إذا كان إصـــدار الكفالـة يرتب التزاما على عـاتق البنـك فهو يرتـب كذلك التزاما على عاتق المســتفيد الذي يلتزم بالرجوع إلى المدين الأصــلي قبل الرجوع على البنك مباشرة م 660 ق.م.

1-التزامات البنك الكفيل

- دراسة وضعية العميل:

يقوم البنك بدراســة وضــعية العميل (الملاءة، الســمعة، الاســتعلام عن العميل ...) وبـاســتخـدام وســاطتـه بين طرفي العقـد الأصــلي والمتمثلـة في تعهـده بتنفيـذ الالتزام ككفيـل عن العميـل المكفول في حـالـة عـدم الوفـاء (عدم وفاء العميل بالتزاماته المحددة في العقد الأساس)، وهنا لا بد من تحديد نطاق الكفالة من حيث المدة والنطاق ...) هذا فيما يخص البنك.

- ضــمـان تنفيـذ التزام المـدين وذلـك بـالوفـاء في حـالـة تخلف هـذا الأخير عن الوفاء به بنفسه:

ويقع هذا الالتزام كنتيجة طبيعية لتبعية التزام الكفيل لالتزام المدين يترتب عليه حق الكفيل في حالة وفائه بالالتزام المكفول في الرجوع على المدين بما وفاه.

-ولا بد من تحديد اســم الكفيل وهويته من أجل الرجوع عليه والذي يحق له حتى طلب التمديد أو التعديل في الكفالة. وعليه فتحديد التزام البنك يكون بدقة في العقد خاصة من حيث الموضوع

-يلتزم البنك بإخطار العميل باعتباره المدين الأصلي وذلك بأنه سيدفع للمستفيد قيمة الكفالة ومنها فالتزام البنك لا يكون باتا ولا قطعيا ولا يصبح بموجبه مدينا أصليا وإنما هو مجرد كفيل في حالة إخلال العميل بتنفيذ التزامه.

2-التزامات الدائن

تتحدد التزامات الدائن بموجب عقد الكفالة المصرفية وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين بالإضافة إلى ما يفرضه القانون من التزامات وهي:

- ضرورة تسليم الكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين.
- الالتزام بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل تطبيقا لنص المادة 659 وما يليها من القانون المدني.

خامسا: صور الكفالة المصرفية

باعتبار الكفالة المصـرفية من أهم صـور الضـمانات التي تعزز القوة الائتمانية عن طريق ضـم ذمة إلى ذمة أخرى بهدف ضـمان الوفاء بالالتزام فهي في أغلب الأحيان تتميز ببسـاطة إجراءاتها، وقد نضـمها المنشـور الصـادر عن غرفة التجارة الدولية 1992 والمعمول به عالميا بداية من جانفي 1993 والمعدل في سـنة 2010 فهي الصـورة نموذجية والأكثر انتشـارا كأداة لمنح الائتمان وهناك عدة صـور في مجال التجارة الدولية (عقود التجارة الخارجية) وكذا التجارة الداخلية نعرضها كالاتي:

1-الكفالة البنكية بناء على طلب العميل مقيم لفائدة مستفيد غير مقيم

(نقصـد بها النشـاط الاقتصـادي) وتتحقق هذه الصـور عند طلب الكفالة من عميل مقيم من بنكه المحلي إصـدار كفالة لصـالح مسـتفيد غير مقيم في حالة وجود صـفقات دولية ويطلب منه المسـتفيد تقديم كفالة بمقدار الأقسـاط المؤجلة وعملا بمبدأ المعاملة بالمثل يطلب البنك المحلي من البنك الأصلي التوسط بينه وبين المستفيد نظام 93-02 (صادر عن بنك الجزائر متعلق بعقود الضمان).

2-الكفالة البنكية بناء على طلب عميل غير مقيم لفائدة مستفيد مقيم

هنا العميل يطلب من البنك المتعامل معه طلب اصـدار أو منح الكفالة لصالح المستفيد المقيم قصد الدخول في مناقصات وحسب الشروط التي تحددها الجهة (استيراد، تصدير، مقاولات ...).

3-الكفالة المصرفية من حيث نوع الغطاء

ويكون الغطاء في هذه الحالة نقديا (حساب جاري كامل القيمة أو بنسبة معينة بشرط أن تكون أقل أو تساوي قيمة الالتزام ولا يمكن أن تكون مشددة) أو عينيا، أو حتى الغطاء بكفالة شخصية وهي وجود شخص ثالث يتعهد اتجاه البنك بدفع قيمة الكفالة في حالة عجز العميل الأصلي عن القيام بالتزامه اتجاه البنك.

4-الكفالة المصرفية في مجال المناقصات

هناك عدة صور مختلفة حسب الغرض فهناك كفالة مصرفية ابتدائية (كفالة الدخول في الغطاء) فقصد الدخول في مناقصته يهدف المستفيد إلى تأمين جدية العملية ولضمان عدم الانسحاب وفقا للمرسوم الرئاسي 15-247 نصت عليها المادة 125 " على المتعهد أن يقوم بدفع مبلغ 1% من قيمة الصفقة".

وكفالة مصرفية نهائية في مجال المناقصات (كفالة حسن التنفيذ) وهذا من أجل التأمين على المخاطر الناتجة عن الصفقات وكافة المصاريف الإضافية وتكون خاصة في حالة رسو العطاء وتحل محل الكفالة الابتدائية من أجل ضمان تنفيذ العملية ونجاح المشاريع الاقتصادية.

- **في الكفالة الابتدائية:** حيث نصت المادة 125 من المرسوم الرئاسي 15-247 على المتعهد دفع مبلغ 1% من قيمة الصفقة.

- **في الكفالة النهائية:** م 133 من نفس المرسوم " يحدد مبلغ الكفالة في حسن التنفيذ بنسبة بين 5 % إلى 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة وأهمية خدمات الواجب تنفيذها.

- **في كفالة الدفعات السابقة:** وهذا يكون بقصد توفير السيولة من أجل تنفيذ المشاريع خاصة الكبرى وتكون عادة لاحقة على كفالة حسن التنفيذ (النهائية).

إضافة إلى صور أخرى من الكفالة المصرفية نجد (في مجال الجمرك، كفالة الصيانة، كفالة خدمات ما بعد البيع والتي تكون عادة قبل الاستلام النهائي للمشاريع من طرف المستفيد من أجل التأمين أو ضمان أي طوارئ أو عيوب تظهر أثناء التنفيذ أو بعد الانتهاء من المشاريع).

سادسا: انقضاء الكفالة المصرفية

ينتهي عقد الكفالة بدفع قيمتها أو إذا أعادها المستفيد لانتهاء الغرض من اصدارها أو إذا صرح المستفيد أنها خدمت الغرض الذي صدرت لأجله.

-الأسباب العامة لانتهاء الكفالة:

وفقا لخاصية تبعية الكفالة للالتزام الأصلي طبقا لنص المادة 654 من القانون المدني "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين". وتخضع للقواعد العامة في نشوؤه وانقضاءه فكل ما يؤدي إلى انقضاء الدين الأصلي المكفول يؤدي تبعا إلى انقضاء التزام الكفيل كالوفاء فوفاء المدين للبنك يؤدي إلى براءة ذمة الكفيل تبعا لذلك وكذلك الإبراء طبقا لنص المادة 305 من القانون المدني والمقاصة طبقا لنص المادة 297من القانون المدني والتجديد طبقا لنص المادة 291 واتحاد الذمة بين الدائن والمدين المادة 304 مدني والتقادم والفسخ والإبطال وحوالة الدين 254 ق م.

وتنقضي الكفالة المصرفية بإحدى الحالات التالية:

-**انقضاء الدين الأصلي المكفول:** وهذا ما يؤدي إلى انقضاء الكفيل (البنك) وبراءة ذمته 654 يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين" وهذه من بين النتائج التي تترتب على علاقة التبعية.

-انتهاء الغرض الذي أصدر من أجل الكفالة: وهنا تنتهي الوكالة قبل الوفاء.

-**انقضاء المدة المحددة في الكفالة المصرفية وعدم اتخاذ المستفيد الإجراءات الضرورية عند حلول أجل الدين:** وهنا تطرق المشرع إلى عملية الإنذار من طرف الوكيل 657 ق.م " لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات غير أن ذمة الكفيل تبرأ عندما يقوم الدائن باتخاذ الإجراء ضد المدين العميل خلال 6 أشهر من إنذار الكفيل الدائن ما لم يقدم المدين الكفيل ضمانا كافيا. فإذا كانت الكفالة محددة المدة فلا ينتهي إلا بانقضاء هذه المدة أما إذا كانت الكفالة غير محددة المدة فللكفيل أن يتحلل من التزامه وذلك بإعلان إرادته إلى الدائن بشرط أن يكون إنهاء الالتزام في وقت مناسب وبحسن نية.

ولتفادي أن تكون عقود الضمان لمدة غير محددة فقد أصدر بنك الجزائر تعليمة رقم 96-16 المؤرخة في 27 أكتوبر 1996 تتعلق بجميع الكفالات الصادرة قبل التعليمة رقم 94-05 والتي لم تحدد مدتها فيجب أن تنتهي بعد مدة 06 أشهر من تاريخ نشر هذه التعليمة على أن كل الكفالات الصادرة بعد هذا التاريخ لا يجب أن تفوق مهلة 06 أشهر من تاريخ منحها وبالتالي أصبحت كل الكفالات محددة المدة.

الفصل الرابع

عقــد الترقيــة العقــارية

تمهيد

تدخل المشرع الجزائري من أجل تنظيم نشاط الترقية العقارية من خلال إطار قانوني يهدف إلى تحفيز القطاع الخاص على الاستثمار في هذا المجال من خلال رفع احتكار الدولة على هذا القطاع والسماح للخواص بالاستثمار في هذا المجال، حيث وضعت العديد من البرامج وانتهجت عدة سياسات للقضاء أو على الأقل التخفيف من حدة أزمة السكن والمساهمة في عمليات الترقية العقارية[1]، كما استحدثت صيغ حديثة للتعاقد مع المرقي العقاري لاقتناء السكنات.

وضع المشرع الجزائري قواعد لتنظيم نشاط الترقية العقارية وذلك من خلال القانون رقم 86 /07 الصادر في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية الذي هدف إلى تطوير الأملاك العقارية وتمويل البرامج السكنية، والذي كان يهدف إلى إسهام كل مصادر التمويل العامة والخاصة في تمويل برامج السكن، كما أعطى أولوية للترقية العقارية العامة على حساب الترقية العقارية الخاصة.

ولكن مع التوجه الاقتصادي الجديد الذي تبنته الجزائر في أواخر الثمانينات بعد صدور دستور 1989 وسلسلة الإصلاحات الاقتصادية والقانونية التي شهدتها آنذاك أثبتت عدم مواكبة هذا القانون لهذه التغييرات، وبالتالي استحالة تطبيقه مما أدى إلى إلغاءه بمجرد صدور المرسوم التشريعي 93/03 المتعلق بالترقية العقارية.

[1] كمال فتحي دريس، خصوصية عقد حفظ الحق في نشاط الترقية العقارية وفقا للتشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد10 العدد3 ديسمبر 2019، ص 565.

حيث اعتبر بمثابة انفتاحا في الميدان العقاري ووضع عدة أهداف كان من بينها فتح المجال على القطاع الخاص وإضفاء الطابع التجاري على نشاط الترقية العقارية، وإحداث هيئات مدعمة لتمويل نشاطات الترقية العقارية أهمها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، كما أصبح هناك تغير في مفهوم الترقية العقارية من الطابع الاجتماعي التي تهدف إلى اشباع حاجات سكنية إلى هدف أشمل هو الجمع بين الطابع الاجتماعي والاقتصادي، وذلك بفتح مجال الاستثمار الذي كان حكرا على الدولة وادخال القطاع الخاص في مشروع الترقية العقارية في ظل التوجه نحو اقتصاد السوق واضفاء الصفة التجارية على عملية الترقية العقارية وفتح مجال الترقية على أساس المنافسة الحرة بين القطاعين العام والخاص بعدما كان من احتكار القطاع العام مع الغاء نظام دفتر الشروط المعد من طرف الجماعات المحلية التي كان يشكل عائقا أمام المتعامل للترقية العقارية .

ومن أجل مسايرة التطورات الحاصلة وغياب آليات تضبط مسؤولية المرقي العقاري تم إلغاء هذا المرسوم التشريعي وصدور القانون رقم 04/11 والذي ضبط القانون الاساسي للمرقي العقاري أساسا لتنظيم العلاقات بين المرقين العقاريين والمقتنين، وذلك بتحديد التزامات وحقوق الطرفين ووضع ضمانات لحماية الراغبين في اقتناء السكنات وفرض عقوبات على المرقين المخالفين للتنظيم الخاص بهذا المجال وفرض عقوبات على المرقين المخالفين للتنظيم وتحديد التزامات المرقين العقاريين وحقوقهم.

وخلافا للمرسوم التشريعي 93-03 الملغى والذي حصر فيه المشرع نشاط الترقية العقارية في أعمال الإنجاز والتجديد التي تنصب على الأملاك العقارية بهدف البيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة أو حاجة المشاركين للترقية العقارية وكان يتعلق الأمر بالبنايات المخصصة للسكن أو بغرض ممارسة نشاط صناعي أو تجاري أو حرفي.

وحاول المشرع في 2011 عدم اقتصارها على الإنجاز والتجديد وإنما مجموع العمليات المنصوص عليها في المادة 3 " التهيئة، الإصلاح، الترميم العقاري، التجديد العمراني، إعادة التأهيل، إعادة تغيير الغرض المخصص، الهيكلة، التدعيم " من أجل بيعها أو إعادة تأجيرها".

ومن أجل ضبط نشاط الترقية العقارية وتنظيم مهنة المرقي العقاري وإضفاء الرقابة على هذا النوع من النشاط دعمه المشرع بمراسيم تنفيذية والتي تندرج في إطار مراجعة المنظومة التشريعية مع احترام النظام العام. عملا بأحكام المادة الثانية من القانون 04/11 "يهدف هذا القانون في إطار أهداف السياسة الوطنية لتطوير نشاطات الترقية العقارية إلى ما يأتي:

- تحديد الشروط التي يجب أن تستوفيها المشاريع المتعلقة بنشاط الترقية العقارية.
- تحسين أنشطة الترقية العقارية وتدعيمها.
- تحديد قانون أساسي للمرقي العقاري وضبط مضمون العلاقات بين المرقي والمقتني.
- تأسيس امتيازات واعانات خاصة بمشاريع الترقية العقارية".

أولا: تعريف الترقية العقارية

عرفت المادة 02 من قانون 07/86 الترقية العقارية على أنها "بناء عمارات أو مجموعات تستعمل في السكن وتشتمل بصفة ثانوية على محلات ذات طابع مهني وتجاري تقام على أرض خاصة أو مقتناة عارية أو مهيأة أو واقعة ضمن الأنسجة الحضرية الموجودة في إطار إعادة الهيكلة والتجديد"، فالترقية العقارية كان هدفها الأساسي هو بناء المساكن في ظل هذا القانون الذي أعطى لها تعريفا ضيقا لم يعد يتماشى مع نظام السوق العقارية الحالية [1].

أما في ظل المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري فحاول المشرع الجزائري من خلال نص المادة 02 تعريف الترقية العقارية على أنه " يشتمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة". وهناك من عرفها بأنها " عملية انجاز أو تجديد للبناءات من قبل المحترفين المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة بحيث تمتد هذه البناءات على نطاق واسع لتشمل المحلات التجارية أو الصناعية أو الحرفية".[2]

[1] عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، جامعة الحاج لخضر باتنة، ماجستير في العلوم القانونية، 2009-2010 ص 11.

[2] نفس المرجع ص 13.

وعرفت كذلك بأنها "النشـاط الذي يقوم به في أي شـكل وبأي طريقة شـخص طبيعي أو معنوي من أجـل انجـاز أو تجـديـد مبـاني بغرض بيعهـا أو تأجيرها أو اسـتعمالها لتلبية حاجيات خاصـة ملتزما بأخذ زمام المبادرة والعنـايـة الرئيسـيـة في عمليـة الإنجـاز أو التجـديـد، وبـأن يبـاشـر بنفسـه أو بواسطة الغير كل أو بعض الأعمال التي تتطلبها العملية".

وعرفها في نص المادة 03 من القانون 04/11 "مجموع العمليات تعبئة الموارد العقارية والمالية وكذا إدارة المشاريع العقارية".

أما النشاط العقاري فهو "كل المعاملات والتصرفات القانونية والمادية الواردة على العقـار أو المتعلقـة بـه مثـل بيع العقـار أو تـأجيره، إعـداد نظـام الملكية المشـتركة، بناء العقارات أو هدمها وإدارة الشـيوع وتسـيير العقارات بغض النظر عن نوع العقـار وطبيعتـه والهـدف منـه" فقـد تطرق المشـرع الجزائري في المادة 14 من القانون 11-04 على أنه "يشـمل نشـاط الترقية العقارية مجموع العمليات التي تساهم في إنجاز المشاريع العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية الحاجات الخاصـة يمكن أن تكون هذه المشـاريع العقارية محلات ذات استعمال سكني أو مهني وعرضيا يمكن أن تكون محلات ذات استعمال حرفي أو تجاري".

فالنشـاط العقاري يشـكل كل المعاملات والتصـرفات القانونية الواردة على العقـار أو المتعلقـة بـه مثـل بيع العقـار وتـأجيره وإعـداد نظـام الملكيـة المشـتركة وإدارة الشـيوع العقاري وقسـمته، أما الترقية العقارية فهي جزء من النشـاط العقاري وتشـكل إلا مظهرا من مظاهر هذا النشـاط، وحتى يعتبر النشاط العقاري ترقية عقارية لا بد من توافر شروط وهي:

- أن يكون النشـــاط منصـــبا على عملية البناء بصـــفة عامة أي الإنجاز والتجديد والتهيئة والإصـــلاح والترميم وإعادة التأهيل وتدعيم البنايات المخصصة للبيع أو الإيجار.

- أن يباشر المتعامل في الترقية العقارية (المرقي العقاري) بنفسه أو عن طريق الغير كل أو بعض العمليات التي تتطلبها عملية البناء (أعمال ذات طابع قانوني أو الإداري أو المالي مثل رخصة البناء تجهيز الأراضي المخصصة للبناء، تمويل).

وبهذا وبتوافر هذه الشروط يصبح النشاط العقاري ترقية عقارية.

ثانيا: الشروط العامة لممارسة مهنة المرقي العقاري

قبل التفصـيل في الشـروط العامة لممارسـة مهنة المرقي العقاري لابد من ضبط تعريف المرقي العقاري.

اهتم المشـرع الجزائري بمهنة المرقي العقاري وان اختلفت التسـميات التي كان يطلقها عليه في كل مرة فطبقا للقانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية [1] كان يسـمى المكتتب، أما في ظل المرسـوم التشـريعي 93-03 المتعلق بالنشـاط العقاري[2] فكان يسـمى المتعامل العقاري بموجب نص المادة 03 منه حيث جاء فيها أنه " يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة 02 السـابقة متعاملا في الترقية العقارية ". ليسـتقر المشـرع الجزائري على اسـم المرقي العقاري بعد صـدور القانون رقم 11-04[3] المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

---

[1] القانون 07/86المؤرخ في 1986/03/04 ج ر عدد 10 الصـادرة في 05 مارس 1986 (ملغى).

[2] مرسـوم تشـريعي رقم 03/93المؤرخ في 01 /1993/03 المتعلق بالنشـاط العقاري ج ر عدد 14 الصادرة في 03/03/ 1993(ملغى).

[3] قانون رقم 04/11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج ر عدد 14الصادرة في 06 مارس سنة 2011.

والمرقي العقاري في ظل القانون 04/11 المؤرخ في 17 فيفري سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في المادة الثالثة فقرة 14 "فيعد مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة أو تأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها". وكذا المادة 18 من القانون نفسه "يعد مرقيا عقاريا في مجموع الحقوق والواجبات مرقي الأوعية العقارية المخصصة حصرا للبناء و/أو للتجديد العمراني قصد بيعها".

ويعد المرقي العقاري طرف أساسي في عقد البيع على التصاميم وبدونه لا يكون العقد بيعا على التصاميم حسب المادة 25 من القانون 04/11 "يجب أن يكون البيع من طرف المرقي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر أو في طور البناء موضوع عقد يعد قانونا في الشكل الرسمي طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وطبقا لأحكام هذا القانون". وعملا بنص المادة 29 من القانون 04/11 فلا يمكن ابرام عقد بيع على التصاميم وعقد حفظ العقار مقرر بناؤه أو في طور البناء الا من طرف المرقي العقاري".

فتعريف المشرع الجزائري للمرقي العقاري جاء من منطلق النشاط العقاري الممارس والذي يقوم بدوره على جملة من الأعمال عرفتها هي الأخرى بدقة متناهية في المادة 3 من القانون 04/11 سالف الذكر. وهو كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى انجاز بناية أو جزء منها ويتكفل بجميع العمليات القانونية والمالية والإدارية المرتبطة بعملية لإنجاز ويلتزم بقيادتها حتى النهاية.

وعرفته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المؤرخ في 20 فيفري سنة 2012 الذي يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين فيعتبر مرقيا عقاريا "كل شخص طبيعي أو معنوي يحوز اعتمادا ويمارس نشاط الترقية العقارية كما هو محدد في القانون رقم 04/11"، حيث يمثل نشاط المرقي العقاري في نظر المشرع الجزائري مهنة منظمة في مفهوم التشريع والتنظيم المعمول بهما تكون ممارسته مانعة لأي نشاط اخر مدفوع الأجر.[1]

ويشترط في هذه المهنة توفر بعض العناصر في النشاط الممارس كما يلي:

- أن يكون النشاط منصبا على عملية البناء عموما لاسيما العمليات المحددة أعلاه.
- أن يقوم المرقي العقاري بأخذ زمام المبادرة والعناية الرئيسية في هذه العملية ويقصد بالمبادرة القيام بأولى الخطوات فيها بإرادته ودون طلب من الغير، أما العناية فهي تتبع العملية من البداية إلى غاية تسليم المشروع وكذا توجيهها وتسييرها والتنسيق بين مختلف مراحلها.
- أن يباشر المرقي العقاري بنفسه أو عن طريق الغير كل أو بعض العمليات التي يتطلبها النشاط كالأعمال ذات الطابع القانوني أو الإداري أو المالي أو التسويقي كشراء العقار المعد للبناء، واستصدار رخص البناء وتمويل المشروع كليا أو جزئيا وبيع المحلات المنجزة وتأجيرها، غير انه لا يتشرط أن يقوم المرقي العقاري بالتنفيذ الفعلي للعملية لأن ذلك غالبا ما يقوم به المقاول الذي يتعاقد معه.

[1] المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 84/12.

كما نصت المادة 19 من القانون رقم 11-04 السابق الذكر على أنه "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية... ."

فحسب أحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 سالف الذكر " تخضع مهنة المرقي العقاري إلى الحصول المسبق على الاعتماد والتسجيل في السجل التجاري وفي الجدول الوطني للمرقين العقاريين".

لقد استوجب القانون رقم 04/11 في المرقي العقاري دون غيره من المتدخلين في المشروع العقاري ضرورة استيفاء الشروط المبنية أدناه وهي كالآتي[1] :

1-أن المرقي العقاري شخص مهني:

يمارس مهنة منظمة قانونا، تقوم بخاصة على عدم جواز الجمع بينهما وبين أي نشاط اخر مدفوع لأجر أعمالا بالمادة 3 المرسوم التنفيذي رقم 84/12.

[1] بوقرة أم الخير، المسؤولية العشرية للمرقي العقاري دراسة تحليلية، مجلة الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة بالتعاون مع فرقة بحث حول وضعية العقار في الجزائر وأثرها على التنمية، الوطني حول اشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 18/17 فيفري 2013. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص356.

2-أن المرقي العقاري هو من يتولى المبادرة بعمليات إنجاز مشاريع البناء الجديدة وغيرها:

من الأعمال المحددة في القانون رقم 04/11 فهو صاحب المشروع العقاري.

-التمتع بالحقوق المدنية اعمالا بالمادة 1/21 وعدم الحكم عليه بإحدى العقوبات المنصوص عليها في المادة 20 من القانون 04/11.

3-أن المرقي العقاري ويحسب أهمية مشروعه العقاري ملزم بالاستعانة بمقاول:

مؤهل قانونا بناء على عقد مقاولة اعمالا بالمادة 16 من نفس القانون، مما يبني عليه تولي المقاول لعملية تنفيذ المشروع العقاري ومن ثم إرساء المسؤولية المهنية للمتدخلين في المشروع العقاري.

-إن غاية المرقي العقاري من هذه الممارسة المهنية تكمن في بيع أو ايجار ما تولى المبادرة بإنجازه مما يضفي الصفة التجارية على النشاطات التي يمارسها إلا أن يكون قد قصد من مبادرته تلبية الحاجات الخاصة.

-يمثل نشاط المرقي العقاري مهنة مقننة في مفهوم التشريع والتنظيم المعمول بهما.

4-وجوب أن يكون المرقي العقاري من المحترفين وأن تكون له قدرات مالية:

حيث نصت المادة 12 من هذا القانون على أنه "يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الايجار محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية"، فيجب أن يملك المرقي العقاري مهارات مهنية في هذا المجال وأن تكون له المعارف التقنية والالمام بقواعد البناء والتعمير والاحكام المنظمة لنشاط الترقية العقارية وقد دعم المشرع الجزائري المادة أعلاه بالقرار الوزاري المشترك لسنة 2012 يتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقي العقاري" القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 6 ديسمبر 2012 يتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقي العقاري ج ر عدد 2 الصادرة سنة 2013.

5-اكتساب صفة التاجر:

تنص المادة 19 من القانون 04/11 على أنه "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و18 أعلاه طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط المحددة في هذا القانون" ونصت الفقرة الاولى من المادة على أنه "يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية".

6-الاعتماد والتسجيل في السجل التجاري:

حيث أنه لا يمكن لأي كان أن يدعي صفة المرقي العقاري ما لم يكن حاصلا على اعتماد ومسجلا في الجدول الوطني للمرقين العقاريين ويعتبر هذا الاعتماد بمثابة ترخيص لممارسة المهنة مع مراعاة الإجراءات الشكلية والإدارية والجبائية المطلوبة للحصول على هذا الترخيص حسب المادة 23 من القانون 04/11 وهو ما من شأنه حماية المقتني من كل تلاعب ونصب .[1] حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 04 من القانون 11-04 سالف الذكر على أنه "لا يمكن الترخيص الا المرقين العقاريين...المسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية"، ولذا فحتى يمارس المرقي العقاري نشاطه لابد له من التسجيل في السجل التجاري الذي يمسكه المركز الوطني للسجل التجاري ومادام لهذا الاجراء اثر لاكتساب صفة التاجر طبقا لما تنص عليه المادة 21 من القانون التجاري الجزائري فانه يجب ان يكسب المرقي العقاري هذه الصفة قبل ممارسته لنشاطات الترقية العقارية .

حيث يستهدف نظام السجل التجاري في المقام لأول تحقيق العلانية في المواد التجارية لذلك يجوز للغير كأصل عام الاطلاع من خلاله على كل ما يتعلق بوضعية التاجر.

[1] بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 363.

ويتم التسجيل في السجل التجاري وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-111 المؤرخ 2015/05/03 حيث تم ذلك بناء على طلب ممضى ومحرر على استمارة يسلمها المركز الوطني السجل التجاري مرفق بالوثائق التي تطلبها القانون، وفي الأخير يسلم للمرقي العقاري مستخرج السجل التجاري الذي يعد سندا رسميا يؤهل بموجبه كل شخص طبيعي أو معنوي لممارسة نشاطه التجاري[1].

وتجدر الإشارة إلى أن التسجيل في السجل التجاري وإرسال الوثائق المتعلقة به يتم حاليا بالطريقة الإلكترونية وذلك وفقا للإجراءات التقنية للتوقيع والتصديق الإلكترونيين حيث يتم تسليم مستخرج السجل التجاري بواسطة إجراء إلكتروني، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 15-111 السابق الذكر وقد تم تحديد نموذج مستخرج هذا السجل التجاري الالكتروني بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-112 المؤرخ في 2018/04/05.

إذ تنص المادة 19 من هذا القانون 04/11 على أنه "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و18 أعلاه "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية كما نصت المادة 04 فقرة أولى على أنه يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري وبالمبادرة بالمشاريع العقارية[2].

---

[1] دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية مجلد 11 عدد 2 جوان 2019 السنة الحادية عشر. ص 82.

[2] زهرة بن عبد القادر -محمد رضا التميمي، دور العملية التعاقدية في حماية المقتني في عقد البيع بناء على التصاميم، مجلة العلوم الانسانية لجامعة أم البواقي، العدد التاسع، جوان 2018، ص171-172.

7-أن لا يكون محل متابعة جزائية:

فيشـترط في من يرغب في ممارسـة مهنة المرقي العقاري ألا يكون محل للمتابعة الجزائية وفق ما نصت عليه المادة 20 من القانون 04/11.

8-الحصول على الاعتماد المسبق:

ففي إطـار تطبيق القـانون 11-04 المـذكور أعلاه تنص المـادة 04 من المرسـوم التنفيذي 12-84 السـابق الذكر على أنه "تخضـع مهنة المرقي العقاري إلى الحصول المسبق على الاعتماد ..."

ولذا فان الحصـول على الاعتماد هو شـرط هام لممارسـة مهنة المرقي العقاري وبدونه لا يمكن لأي شـخص أن يمارس هذا النشـاط أو حتى يدعي صـفة المرقي العقاري والا تم اعتباره منتحلا لهذه الصـفة[1]، وفي هذا الصـدد تعاقب المادة 77 من القانون رقم 11-04 السـابق الذكر كل شـخص يمارس مهنـة المرقي العقـاري بـدون اعتمـاد طبقـا لأحكـام المـادة 243 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1366 والمتضـمن قـانون العقوبـات المعـدل والمتمم وفي حال أدت هذه الممارسـة غير القانونية إلى النصـب يحيل القانون إلى تطبيق احكام المادة 372 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[1] لمين لعريط، قراءة في شـروط ممـارسـة مهنـة المرقي العقـاري وفقـا للتشـريع الجزائري، مجلة دراسـات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الانسـانية والاجتماعية، جامعة يحي فارس المدية، مجلد 11 عدد 2 جوان ،2019 السنة الحادية عشر، ص 83.

أ-الشروط القانونية لطلب لاعتماد:

تطرق المشـرع الجزائري إلى اعتماد المرقين العقاريين في الفصـل الثاني في المادة 05 بموجب القانون 04/11 على أنه " يتم تسـليم اعتماد المرقي العقاري وفق الشـروط المبينة أدناه من الوزير المكلف بالسـكن بعد موافقة لجنة اعتماد للترقية العقارية، وكما حدد المرسـوم التنفيذي رقم 12-84 السـابق الذكر شـروط منح اعتماد لممارسـة مهنة المرقي العقاري في نص المادة 06 منه المعدل بموجب المرسـوم التنفيذي رقم 13- 96 فلا يمكن لأي كان التقدم بطلب الاعتماد لممارسـة مهنة المرقي العقاري ما لم يسـتوف الشروط الآتية:

- **بالنسبة للشخص الطبيعي:**
- أن يكون عمره خمسا وعشرون 25 سنة على الأقل.
- أن يكون من جنسية جزائرية وهذا الشرط كان موجودا في القانون 86-07 السابق الذكر ثم الغي بموجب المرسوم التشريعي 93- 03 المذكور أعلاه ليعود من جديد بموجب المرسوم التنفيذي 12-84 السابق الذكر.
- أن يقدم ضمانات حسن السلوك وعدم الوقوع تحت طائلة عدم الكفاءة أو أحد موانع الممارسـة كما نصـت عليها أحكام المادة 20 من القانون رقم 04/11 المذكور وكل من تعرض لعقوبة بسـبب ارتكابه بعض الجرائم كالتزوير، السرقة، واخفاء المسروقات، خيانة الامانة، التفليس، ابتزاز الأموال النصب، اصدار الشيك بدون رصيد، رشوة موظفين عمومين، شهادة الزور، اليمين الكاذب، الغش الضريبي، وغيرها من الجرائم التي نصت غليه المادة 20 من القانون 11-04 المذكور أعلاه، ونلاحظ ان هذه الموانع لاتعد تضـييقا على مهنة المرقي العقاري بل بالعكس هي تكرس الممارسـة والمنافسـة النزيهة في هذا المجال نظرا لكون هذا النشـاط مركب وتتلقي فيه العديد من المصـالح كما أنها تحمي كل من يتعامل مع المرقي العقاري.
- أن يثبت وجود موارد مالية كافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية.

توضـح كيفيات تطبيق هذه المطة بقرار مشـترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالسكن.

- أن يتمتع بحقوقه المدنية.
- أن يكتتب عقد تأمين ضـد العواقب المالية والمسـؤولية المدنية والمهنية لنشاطاته.
- أن يثبت كفاءات مهنية ترتبط بالنشاط.
- **بالنسبة للشخص المعنوي:**
- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري.
- أن يثبت وجود موارد مالية كافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية.
- أن يقدم المالك أو الملاك ضـمانات حسـن السـلوك وعدم الوقوع تحت طائلة عدم الكفاءة أو أحد موانع الممارسـة كما نصـت عليها المادة أحكام المادة 20 من القانون رقم 04/11.

يجب أن تتوفر في المسير الشروط المتعلقة بحسن السلوك والكفاءات المهنية كما هي محددة أعلاه بالنسبة للأشخاص الطبيعيين.

وزيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 06 أعلاه يجب أن تتوفر لدى طالب الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري محلات ذات استعمال تجاري ملائمة تسمح بممارسة لائقة ومعقولة للمهنة وتكون مجهزة بوسائل الاتصال مع ضـرورة تقديم اثبات وجود المحلات عند التسـجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين.

ب-إجراءات الحصول على الاعتماد:

تم النص على هذه الإجراءات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-84 السالف الذكر حيث أنه وطبقا للمادة 08 من نفس المرسوم التنفيذي يودع طلب الاعتماد لدى مصالح الوزير المكلف بالسكن ويرفق الطلب بمجموعة من الوثائق سواء كان الشخص طبيعيا أو اعتباريا نصت عليها نفس المادة.

وبعدها تتم دراسة الطلب وابداء الرأي فيه من الطرف لجنة تسمى "لجنة اعتماد المرقيين العقاريين" تنشا لدى الوزير المكلف بالسكن ويرأسها ممثله وتتكون من مجموعة من الاعضاء نصت عليهم المادة 14 من المرسوم التنفيذي 12-84 السابق الذكر، حيث يتم تعيينهم بقرار لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد وهذا طبقا عليه المادة 15 من نفس المرسوم.

كما تنص المادة 10 من نفس المرسوم على خضوع طلبات اعتماد المرقي العقاري إلى تحقيق اداري تقوم به مصالح الأمن المختصة وعليها إبداء رأيها في اجل أقصاه شهران ابتداء من تاريخ مراسلتها.

كما يتعين على الوزير المكلف بالسكن الرد على طالبي لاعتماد الذين تتوفر فيهم الشروط المبينة في المادة 6 أعلاه خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام الطلب وذلك سواء كان الرد بالرفض أو القبول حيث يصدر الوزير المكلف بالسكن قرار الرفض على رأي لجنة لاعتماد وهذا إذا توفرت أحد الحالات المنصوص عليها في المادة 11 من نفس المرسوم وهي كالآتي:

- إذا كان الطالب لا يستوفي الشروط.
- إذا كان الطالب قد سحب منه الاعتماد بصفة نهائية.
- إذا كان التحقيق سلبيا.

ففي هذه الحالات يجب على الوزير المكلف بالسكن أن يبرر قرار الرفض ويبلغ إلى صاحبه برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وفي هذه الحالة يمكن لصاحب الطلب أن يقدم في أجل 30 يوما من تاريخ تبليغه بالرفض طعنا كتابيا لدى الوزير المكلف بالسكن من أجل تقديم عناصر معلومات جديدة أو اثباتات لدعم طلبه اومن اجل الحصول على دراسة مكملة، وفي هذه الحالة على الوزير المكلف بالسكن الفصل في ذلك في غضون الشهر الذي يلي استلام الطعن وهذا طبقا للمادة 12 من نفس المرسوم.

أما في حالة إذا كان ملف طالب الاعتماد قد استوفى الشروط المذكورة سابقا فان الوزير المكلف بالسكن يصدر قراره بمنح لاعتماد بعد موافقة اللجنة الذكورة، حيث يسلم الاعتماد للطالب وفق نموذج محدد طبقا للقرار الوزاري المؤرخ في 2013/01/09 وفي هذه الحالة يتعين على صاحب لاعتماد عند القيام بشكليات القيد في السجل التجاري موافاة الوزير المكلف بالسكن بالوثائق المنصوص عليها في المادة 23 من نفس المرسوم. مع العلم أن المادة 13 من نفس الرسوم تجعل من اعتماد المرقي العقاري شخصي وقابل الإلغاء ولا يمكن التنازل عنه ولا يمكن أن يكون موضوع ايجار أيا كان شكله، كما أوجب المشرع في نص المادة 22 من القانون 04/11 عدم التنازل أو تحويل الاعتماد [1]ونلاحظ في هذا الصدد ان المشرع الجزائري استعمل مصطلح الالغاء مع أنه استعمل مصطلح السحب في بقية النصوص الاخرى وهذا رغم الفارق بينهما من الناحية القانونية.

[1] المادة 22 من القانون 04/11 "لا يمكن المرقي العقاري التنازل عن الاعتماد أو تحويله ويؤدي كل تغيير في الشكل والتسمية وعنوان الشركة خلال نشاطه وكذا تغيير المسير إلى بطلان الاعتماد بحكم القانون ويفرض ضرورة تجديدها حسب نفس الأشكال والشروط المطلوبة للحصول عليها".

9-التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين والاثار المترتبة عنه:

نصت الفقرة الثانية من المادة 4 من القانون 11-04 السابق الذكر على أنه "لا يمكن أيا كان أن يدعي صفة المرقي العقاري أو يمارس هذا النشاط مالم يكن حاصلا على اعتماد ومسجلا في الجدول الوطني للمرقين العقاريين حسب الشروط والكيفيات المحددة في هذا القانون".

حيث يتم تسجيل حائزي الاعتماد المقيدين قانونا في السجل التجاري في الجدول الوطني للمرقين العقاريين المفتوح لدى الوزير المكلف بالسكن، ويفهم من ذلك أنه آخر إجراء يقوم به المرقي العقاري لممارسة المهنة وهذا خلافا لما تفيد به المادة 23 من القانون 11-04 السابق الذكر الذي تجعل منه اجراء قبليا لمنح لاعتماد وهو الأمر الذي يقتضي تعديل هذا النص بما يتوافق مع النصوص الاخرى خاصة وأن هذا التسجيل لا يعتبر من بين الشروط المنصوص عليها لمنح الاعتماد.

تطرق المشرع الجزائري إلى مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين في الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي 84/12 سالف الذكر في نص المادة 25 بنصها "تعد شهادة التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين ترخيصا لممارسة المهنة ويترتب عليها بالفعل انتساب المرقي العقاري إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية".

عـدل المشـــرع الجزائري المرســـوم التـنفيـذي رقم 84/12 المؤرخ في 20 فيفري ســـنـة 2012 بموجـب مرســـوم تنفيـذي رقم 243/19 المؤرخ في 8 ســـبتمبر ســـنة 2019 الذي يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارســـة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين[1].

فحســـب المـادة الخـامســـة من المرســـوم التـنفيـذي 243/19 ف "يسـلم الوالي المرقي العقاري وفق الشـروط المبينة أدناه بعد موافقة اللجنة الولائية لاعتماد المرقين العقاريين" ويخول الحق في ممارسـة هذا النشـاط عبر كامـل التراب الوطني"، كمـا يجـب أن يودع طلـب اعتمـاد المرقي العقـاري لدى "المديرية الولائية المكلفة بالسكن "مصحوبا بملف.

وحسـب المادة 09 من نفس المرسـوم التنفيذي فيتعين على الوالي الرد على طـالبي الاعتمـاد الـذين تتوفر فيهم الشـــروط المبينـة في المـادة 06 أعلاه في أجل ثلاثة (3) أشـهر ابتداءا من تاريخ اسـتلام الطلب". فتنشـأ لدى الوالي لجنة ولائية لاعتماد المرقين العقاريين يرأســها ممثله تدعى في صــلب النص "اللجنة" وتتكون من:

- المدير المكلف بالتنظيم والشؤون العامة.
- المدير الولائي المكلف بأملاك الدولة.
- المدير الولائي المكلف بالسكن.
- المدير الولائي المكلف بالتعمير.
- المـدير الولائي المكلف بـالتجـارة. حســـب أحكام المـادة 14 من المرســـوم التنفيذي سالف الذكر.

[1] مرســـوم تنفيذي رقم 243/19 المؤرخ في 8 ســـبتمبر ســـنة 2019 الذي يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارســـة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مســـك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ج ر عدد 55، صادرة بتاريخ 15 سبتمبر 2019.

وحسب المادة 16 فتتولى اللجنة المهام الاتية

- دراسة طلبات الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وابداء الرأي فيها.
- دراسة أي مسألة تتعلق بالمهنة يعرضها عليها الوالي وابداء الرأي فيه.
- دراسة كل قرار سحب الاعتماد يعرضه عليها الوالي وابداء الرأي فيه.

وعندما تبدي اللجنة رأيها بالموافقة يسلم الوالي الاعتماد لصاحب الطلب وفق النموذج المحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالسكن وفي هذه الحالة يتعين على صاحب الاعتماد القيام بجميع الشكليات الضرورية قصد القيد في السجل التجاري.[1]

10-إثبات كفاءات مهنية ترتبط بالنشاط:

من خلال حيازة شهادة عليا في مجال الهندسة المعمارية أو البناء أو القانون أو الاقتصاد أو المالية أو التجارة أو أي مجال تقني آخر يسمح بالقيام بنشاط المرقي العقاري، وإن لم يكن ذلك يجب اثبات الاستعانة بصفة دائمة وفعلية بمسير تتوفر فيه هذه الشروط ويصدق ذلك على الأشخاص المؤهلين لممارسة الأعمال التجارية نظرا لأن المشرع قد سمح لهم بممارسة نشاط الترقية العقارية وينطبق أيضا نفس الشرط على مسير الشخص المعنوي بالإضافة إلى حسن سلوكه.

[1] المادة 17 من المرسوم التنفيذي 243/19 سالف الذكر.

وتجدر الإشـــارة إلى أن هذا الشـــرط الأخير المتعلق بتبرير الكفاءات المهنيـة غير واضـح ويثير الكثير من الغموض إذا أنـه لم يوضـح المقصـود بمصـطلح التبرير خاصـة إذا علمنا أنه قبل تعديل هذه المادة هذا الشـرط يقتضـي إثبات كفاءات مهنية مرتبطة بالنشـاط وليس مجرد تبرير لها، كما كانت المادة قبل التعديل توضـح المقصـود بالكفاءة المهنية وهو حيازة شـهادة عليا في المجال الهندسـة المعمارية أو البناء أو القانون أو الاقتصـاد أو المالية أو التجارة أو أي المجال تقني آخر يسـمح بالقيام بنشـاط المرقي العقاري وعندما لا يستوفي طالب لاعتماد الشروط المتعلقة بالكفاءات المهنية المذكورة أعلاه فإنه يتعين عليه ان يثبت استعانته بصفة دائمة وفعلية بمسير تتوفر فيه هذه الشروط.

ثالثا: تعريف عقد البيع بناء على التصاميم

لقد كان المشرع الفرنسي أول من أقر تقنية بيع العقار على التصاميم، وقد اعتبره عقدا من العقود المسـماة بموجب القانون رقم 03/67 المؤرخ في 1967/01/03 المعدل بالقانون 547/76 المؤرخ في 1976/07/07 وبالقانون 12/78 المؤرخ في 1978/01/04.[1]

[1] زرارة عواطف، التزامات المرقي العقاري في عقد البيع بناء على التصـاميم الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي 18/17 فيفري 2013 من طرف مخبر الحقوق والحريات في الانظمة المقارنة بالتعاون مع فرقة بحث حول وضـعية العقار في الجزائر وأثرها على التنمية، كلية الحقوق والعلوم السـياسـية، جامعة محمد خيضـر بسكرة، ص 87.

أما المشـــرع الجزائري فلم يســـتحدث عقد البيع بناء على التصـــاميم إلا حـديثـا، وذلـك من خـلال المرســـوم الـتشـــريـعي رقـم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 والمتـعـلـق بـالـنشـــاط الـعـقـاري، وقـد أبـقى المشـــرع على هـذا العـقـد في القـانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 والـذي ألغى أحكام المرســـوم التشـــريعي 03/93 حيث أحاط المشـــرع هذا العقد بجملة من الأحكام خـاصـــة مـا تعلق منهـا بتحـديـد حقوق والتزامـات طرفي العقـد. ولم يعرف المرسوم التشريعي 03/93 عقد البيع بناء على تصاميم رغم تنظيمه له، غير أن المشـــرع حاول تدارك هذا النقص في القانون رقم 04/11 ســـالف الذكر إذ جاء تعريف عقد البيع على تصـــاميم في المادة 28 من هذا القانون بقولهـا: "عقـد البيع على التصـــاميم لبنـايـة أو جزء من بنـايـة مقرر بنـاؤهـا أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري ولفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشـــغال، وفي المقابل، يلتزم المكتتب بتســـديد الســـعر كلما تقدم الانجاز يحدد نموذج عقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم".

رابعا: خصائص عقد البيع على التصاميم طبقا للقواعد العامة

وتعد هذه الخصـــائص من الخصـــائص المشـــتركة وغيره من العقود بصفة عامة الواردة في القانون المدني وهي:

- عقد ملزم للجانبين حيث يرتب التزامات متقابلة على طرفي العقد.
- عقد مسمى حيث خصه المشرع الجزائري بتنظيم قانوني خاص.
- عقد معاوضـــة حيث نصـــت المادة 98 من القانون المدني "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين بإعطاء أو فعل شيء ما".

- عقد شكلي فلا يكفي فيه تطابق الارادتين لانعقاده وفق نص المادة 34 من القانون 11/04 "يتم اعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والاشهار ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيد عليها البناء". هذا أن عقد البيع على التصاميم لا ينعقد صحيحا إلا إذا تم افراغه في القالب المحدد قانونا والذي يجب التقيد بالبيانات الالزامية المذكورة في النموذج المقرر بالمرسوم التنفيذي 431/13 والمتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم.

- كسائر العقود الاخرى يعد التراضي في عقد البيع على التصاميم الأساس الأول الذي يقوم عليه العقد ولوجوده يجب استكمال كل من العاقدين لأهلية الأداء وهي 19 سنة كاملة، وهذا الشرط ينطبق على المكتتب دون المرقي العقاري لأنه يشترط في المرقي العقاري بلوغ سن 25 على الاقل حسب نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المؤرخ في 20 فيفري سنة 2012 والذي يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين ج ر عدد 11 ولم يحجر عليه لعارض من عوارض الاهلية وخلو إرادة كل منهما من عيوب الرضا كالغلط والإكراه والتدليس . أما خصائص عقد البيع على التصاميم طبقا لقواعد نشاط الترقية العقارية فانطلاقا من القانون 04/11 والمرسوم التنفيذي 431/13 اللذان يحددان القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية نستشف أنه:

- هو بيع مستقبلي مصمم على مخطط.

فالميزة الخاصة التي يتميز بها عقد البيع على التصاميم هو أن محله يرد على عقار مستقبلي سينجز مستقبلا أو هو في طور الانجاز، فالمكتتب يعتبر مالك غير عادي للعقار كونه يرد على محل غير موجود عند التعاقد لكنه قابل للوجود مستقبلا كون القانون المدني في نص المادة 92 منه أجاز أن ينصب عقد البيع على شيء مستقبلي لكن بشرط أن يكون محقق الوجود بقولها "يمكن أن تكون محلا للالتزام الاشياء المستقبلية والمحققة "، وهو ما أكدته نص المادة 28 من القانون 04/11 على أن عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور الإنجاز هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الاشغال وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

خامسا: التزامات المرقي العقاري قبل استلام المقتني للعقار

لقد وسع المشرع الجزائري من مهام المرقي العقاري بموجب القانون 04/11، إذ أصبح المرقي العقاري يلعب دورا مهما في التهيئة العمرانية وإعادة الهيكلة وتدعيم البنايات المخصصة للبيع والايجار بما فيه تهيئة الأرضيات الاستقبال البنايات، أي كل عمليات الانجاز أو البناء أو التشييد ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي والمعدة للبيع أو الإيجار، ونركز على مهام والتزامات المرقي العقاري في عقد البيع على التصاميم باعتباره الشخص الوحيد المخول قانونا لإنجاز هذا النوع من البناء، والتزامات المرق العقاري في عقد البيع على التصاميم عديدة نظمها قانون الترقية العقارية وهي كما يلي:

1-الالتزام بالإعلام النزيه والإشهار عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار

الالتزام بالإعلام يكون بتقديم: كل المعلومات والمعطيات التي تساعد في تنوير المقتني حتى يبرم العقد.[1] أشار المشرع للالتزام بالإعلام في المادة 47 فقرة 4 و5 من القانون 04/11: "يجب على المرقي العقاري أن يساهم بصفة فعالة في الإثراء الدائم لأخلاقيات المهنة والاحترام الصارم لها. ويجب عليه على وجه الخصوص:

- عدم اللجوء للإشهار الكاذب أو استغلال بأي شكل من الأشكال حسن نية أو ثقة المقتني والسهر على إعلام حقيقي وكامل لشركائه.
- السهر على صحة البيانات والمعلومات الواردة في الوثائق والقرارات والعقود المقدمة لمقتضيات النشاطات قصد تعزيز علاقاته التجارية مع المقتنين المستقبلين".

وقد ورد في المادة 30 من القانون 11-04 المعلومات التي يجب أن يتضمنها العقد المبرم بين المرقي العقاري والمقتني، وجاء فيها: "يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين27و 28 أعلاه، أصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء". ويعتبر الإشهار وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام، وقد أشار إليه المشرع إليه ضمن المادة 41 من قانون 04/11

[1] سليم سعداوي، حماية المستهلك - الجزائر نموذجا - دار الخلدونية الجزائر، ص124.

حيث يلتزم المرقي العقاري بإشـــهار المشـــروع العقاري قبل أن يعرضـــه للبيع وذلك في البلدية المختصـــة إقليميا[1] وذلك قبل أي عرض للبيع وبذلك يضـــمن المشـــرع علم الجمهور بهذا العرض والتقدم إلى المرقي العقاري من أجل إبرام عقـد البيع على التصـــاميم، وينبغي على المرقي في مقـابـل ذلـك عـدم اللجوء إلى الإشـهار الكاذب أو اسـتغلال حسـن نية أو ثقة المقتني والسـهر على إعلام حقيقي. كما أضـافت المادة 47 فقرة 4 بأنه يجب عدم اللجوء للإشـهار الكاذب أو استغلال بأي شكل من الأشكال حسن نية أو ثقة المقتني والسهر على إعلام حقيقي وكامل لشركائه.

كما ألزمت المادة 30 من ق 04/11 المرقي العقاري بإبلاغ المقتني ببيان أصـل ملكية الارضـية ورقم السـند العقاري عند الاقتضـاء ومرجعيات رخصـة التجزئة وشـــهادة التهيئة والشـــبكات وكذا تاريخ ورقم رخصـــة البناء". الالتزام بضمان الإعلام النزيه وعدم الإشهار الكاذب:

يلتزم المرقي العقـاري بموجب المادة 41 من القـانون 04/11 بضـــمـان الإعلام عن مشـــروعه العقاري في الأماكن المخصـــصـــة للإشـــهار في البلدية المختصة إقليميا وذلك قبل أي عرض للبيع.

[1] بن تريعـة مهـا، مســؤوليـة المرقي العقـاري في إطـار عقـد الترقيـة العقـاريـة، مـاجســتير، جامعة الجزائر 1، فرع قانون المنافســة وحماية المســتهلك، الســنة الجامعية 2013 -2014، ص 09.

2-الحصول على ترخيص إداري

لا يمكن للمرقي العقاري المبادرة بمشروع عقاري وبداية إنجازه إلا بعد الحصول على ترخيص إداري حسب المادة 04 من القانون 04/11 "يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية"، وحسب المادة 06 من نفس القانون فان كل عملية ترميم عقاري أو إعادة تأهيل أو تجديد عمراني أو إعادة هيكلة أو تدعيم عقاري تخضع إلى ترخيص إداري مسبق حيث يمنع القانون الشروع في هذه الأشغال دون الحصول على ترخيص إداري مسبق من السلطات المعنية.

3-احترام مخططات التهيئة والعمران

فلا يمكن تشييد أي مشروع عقاري يتناقض مع مضمون مخططات التهيئة والتعمير المصادق عليها وأن تسعى كل عملية تجديد عمراني إلى جمال الإطار المبني ومطابقته للمعايير العمرانية السارية ضمن احترام المخططات الموافق عليها من طرف السلطات .فلا يمكن إنجاز إلا المشاريع العقارية التي تتطابق مع مخططات التعمير وتتوافر على العقود والرخص المسبقة بموجب التشريع والتنظيم المعمول به والتي تكون متواجدة في الحدود التي تتوافق مع أهداف الحفاظ على التوازنات الايكولوجية عندما تكون في المواقع الطبيعية والمواقع الأثرية والحضائر الطبيعية ومحيطاتها المجاورة، والتي تحترم الاقتصاد العمراني عندما تكون متواجدة داخل الأجزاء العمرانية في المدن وهذا قصد الارتقاء بالمجال الحضري وتحسين النمط العمراني.

4-الاستعانة بخدمات مقاول

حيث ألزم المشرع الجزائري جميع المرقين العقاريين بما فيهم الخواص على ضرورة إبرام عقود المقاولة في مجال انجاز المشاريع العقارية حسب المادة 16 من القانون 04/11 بنصه "كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار الاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع العقاري"، ويرتبط المرقي مع المقاول بعقد مقاولة يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة ويخضع عقد المقاولة ى لأحكام القانون المدني طبقا لنص المادة 549 من القانون المدني "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين ان يصنع شيء أو ـأن يؤدي عمل مقابل أجر يتعهد به للمتعاقد الآخر ".

5-الإعلام بالأسعار

نصت المادة 37 من قانون 04/11: "يجب أي يوضح عقد البيع على التصاميم تحت طائلة البطلان تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال كما يجب عليه في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه تحديد كيفيات ذلك" وحالات مراجعة السعر الذي لا يتجاوز نسبة 20 بالمئة كحد أقصى من السعر المتفق عليه وتجسد هذا الالتزام في نموذج عقد البيع على التصاميم وكذا عقد حفظ الحق في المرسوم التنفيذي 13-431، أين تم النص على مدة تسديد الدفع وكيفيات مراجعته.

يبدو المشرع حريصا على مصلحة المقتني، و ذلك حماية له من تعسف المرقي العقاري خاصة فيما يتعلق بمراجعة السعر و الزيادة فيه، غير أن ذلك لا يعني أن الأسعار غير قابلة تماما للمراجعة، خاصة مع إمكانية تأخير الانجاز لأسباب عامة خارجة عن إرادة المرقي العقاري كتغير سعر التكلفة نظرا لتغير أسعار المواد والعتاد واليد العاملة والذي يلزم معه مراجعة السعر لعدم الإضرار بالمرقي، وقد قيد المشرع إمكانية مراجعة السعر بوجوب الاتفاق على قابلية المراجعة خلال العقد، و في هذه الحالة يجب ذكر كيفيات المراجعة، في كل الأحوال لا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية، مع وجوب تبرير تغيرات السعر[1].

6-الالتزام بالإنجاز والمطابقة

أشار القانون 04/11 إلى هذا الالتزام بموجب المادة 17: "يتولى المرقي العقاري مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل وكذا تنفيذ أشغال إنجاز المشروع العقاري"، ويرتبط هذا الالتزام بعقد البيع على التصاميم وكذا عقد حفظ الحق باعتبارهما عقد بيع لشيء غير موجود على عكس البيع العادي الذي يكون العقار فيه منجزا قبل إبرام العقد.

[1] زرارة عواطف، مرجع سابق، ص 91.

كما أشار المشرع إلى هذا الالتزام ضمنيا في المرسوم التنفيذي 13-431[1] عندما نص على أجل التسليم في الملحق الخاص بعقد البيع على التصاميم على الإنجاز وفقا للمواصفات المطلوبة، حيث يتوجب على المرقي العقاري انجاز العقار وفقا للمعايير والقواعد المنصوص عليها قانونا مما يضمن سلامة ومتانة البناء، ويتجسد ذلك بالحصول على شهادة المطابقة بعد اتمام الأشغال بصفة نهائية، ويكون المرقي العقاري ملزما بتسليم تلك الشهادة المقتني قبل حيازته للبناية طبقا للمادة 39 من القانون 04/11.

ويمكن أن تعرف شهادة المطابقة على أنها " وثيقة إدارية تسلم بعد إتمام الأشغال "حسب المادة 56 من القانون 90-29[2]، وهي شهادة تبين مدى تطابق البناء وانسجامه مع التصاميم الموضوعة وكذا ما ورد في رخصة البناء، وتعرف هذه المطابقة بالمطابقة الإدارية وتتميز هذه الأخيرة عن المطابقة الاتفاقية التي مبعثها المواصفات الواردة في العقد.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 15 صفر 1435 الموافق 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، ج ر 66 الصادرة بتاريخ 2013.

[2] القانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر 52 مؤرخة في 1990/12/02.

كما أن عدم المطابقة يختلف عن العيب الخفي، فعدم المطابقة للمواصفات يفترض وجود اختلافا في التماثل أو الكم بين العقار المسلم والعقار الذي وعد به المرقي. وإن شهادة المطابقة إلزامية في البيوع المتعلقة بالترقية العقارية حيث يلزم القانون المرقي وقبل تسليم البناية للمقتني الحصول على شهادة المطابقة للبناية والمنصوص عليها في القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المعدل والمتمم بموجب القانون 05/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 وكذا القانون 15/08 المؤرخ في 2008/07/20 الذي يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام انجازها.

7-الالتزام بنقل الملكية والتسليم

نقل الملكية هو من أهم التزامات البائع في عقد البيع بصفة عامة، وقد جاء في نص المادة 361 من القانون المدني الجزائري أنه: "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا وباعتبار عقد البيع على التصاميم هو عقد بيع يرد على عقار فإن انتقال الملكية فيه لا يتم إلا بإتمام إجراءات الشهر العقاري و التسجيل وفقا لأحكام المادة 793 من القانون المدني والتي جاء فيها: "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 شهر العقار".

وهكذا يخضع نقل الملكية في عقد البيع على التصاميم إلى أحكام القانون المدني بالإضافة إلى أحكام القانون 04/11 وخاصة المادة 34 منه بنصها "يتم اعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والاشهار ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيد عليها البناء يتمم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضوريا في نفس مكتب التوثيق قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتتب وتسليم البناية المنجزة من طرف المرقي العقاري طبقا للالتزامات التعاقدية". والتي تلزم المرقي بالقيام بكل الإجراءات الضرورية لنقل الملكية إلى المشتري انطلاقا من إبرام العقد الذي يجب أن يكون في شكل رسمي، إضافة إلى إخضاعه إلى الشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويجب أن يتضمن العقد كأي عقد التزامات طرفيه ومنها التزام المرقي العقاري بتسليم البناء في أجل محدد.

يلتزم المرقي العقاري بنقل ملكية العقار المنجز بموجب عقد رسمي لدى الموثق وتسجيله وشهره بالمحافظة العقارية المختصة قبل إنجاز البناية في صيغة البيع على التصاميم، ولقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013 نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية ونصا بشكل مفصل على البيانات التي ينبغي أن يتضمنها العقد كالتعريف بهوية الأطراف والتحديد الدقيق للبناية وسعر البيع و كيفيات الدفع وآجال التسليم ومبلغ وأجل عقوبة التأخير في التسليم و كيفيات الحيازة والالتزامات المتعلقة بالملكية وضمانات التأمين العشري وألزمت المادة 30 من نفس القانون أن يتضمن العقد أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والسكنات وتاريخ ورقم رخصة البناء.

فمن بين الآثار المترتبة على عقد البيع هو ملكية المشتري للشيء المبيع، أي أنه يقع على عاتق البائع التزام بنقل الملكية للمشتري، لذا عليه اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لنقل الملكية، وطبقا للقواعد العامة في البيوع العقارية فإن الرسمية ركن للانعقاد، أما انتقال الملكية فلا يكون إلا بالشهر.

وعليه يمر العقد الناقل للملكية بعدة مراحل تبدأ بتوثيق العقد ثم تسجيله وأخيرا شهره لدى المحافظة العقارية المختصة، وإن كان عقد البيع العادي للعقار يخضع لهذه المراحل، فإن المادة 34 من القانون 04/11 نصت على ضرورة إخضاع عقد البيع على التصاميم كذلك لنفس الإجراءات، أما بالنسبة لعقد حفظ الحق فهو عقد غير ناقل للملكية وبالتالي لا يشهر، ومع ذلك أقر المشرع الجزائري ضرورة إخضاعه للشكل الرسمي وكذا تسجيله لدى المصالح المختصة.

وبالرجوع إلى تقنيات الترقية العقارية فإن عقد البيع العادي وكذا عقد البيع على التصاميم يخضعان لعملية الإشهار، أما عقد حفظ الحق فهو لا يخضع لهذا الإجراء[1]، وعليه يبقى العقار ملكا للمرقي العقاري ولا تنتقل ملكيته إلا بعد تحرير العقد النهائي الذي يتعين على المرقي العقاري إعداده بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى بداية من الاستلام المؤقت وذلك أمام الموثق مقابل أن يسدد صاحب حفظ الحق سعر البيع وهذا حسب ما جاء في المادة 33 من القانون 11-04.

[1] بن تريعة مها، مرجع سابق، ص 17.

ويعد الالتزام بتسليم العقار محل الإنجاز من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المرقي العقاري، غير أنه وبالرجوع للقانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون نجد أن المشرع لم يعرف هذا الالتزام واكتفى بالنص عليه كأحد التزامات البائع، وهذا بموجب المادة 167 من القانون المدني التي تنص: "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم".

8-الالتزام بإدارة العقار المنجز وتسليم نظام الأجزاء المشتركة

ألزم المشرع من خلال القانون 04/11 المرقي العقاري بالعمل على إدارة وتسيير المشاريع العقارية التي تم انجازها وذلك بتوفير الإمكانيات اللازمة من إدارة وأجهزة تسمح بتسيير الأملاك العقارية، ويتعين إعداد نظام الملكية المشتركة وتوضيح البيانات القانونية والتقنية والمالية وكذا توضيح الأعباء والواجبات التي يلتزم بها المقتنون عند الاكتتاب.

كما يلتزم المرقي العقاري بتسليم نظام الملكية المشتركة إجباريا لكل مقتني خلال توقيع العقد، والملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة.

وبموجب ذلك يتمتع المقتني بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته كما له أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة والمشتركة.

9-الالتزام بالضمان

يلتزم المرقي العقاري كأي بائع بأن يضمن للمشتري ملكية المبيع والانتفاع به، ولذلك ينبغي على المرقي العقاري أن يتخذ كل التدابير التقنية والقانونية الضرورية من أجل تسهيل التكفل بتسيير العقار المنجز وضمان الحفاظ عليه.

كما نصت المادة 49 من القانون 04/11 على وجوب التزام المرقي بكامل مسؤولياته في المجال العقاري لفائدة زبائنه، ويتعين عليه من أجل ذلك مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة.

والتزام المرقي العقاري بالضمان يترتب عليه صورتان من الالتزامات، تتمثل الأولى في ضمان المرقي بدفع أي تعرض قد يلحق بملكية المشتري، والثانية تتمثل في تعويض المشتري عما لحقه من ضرر في حالة التعرض.

يشمل الضمان ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وتبدأ مدة عشر سنوات من وقت تسلم العمل أو البناء تسليما نهائيا. وقد وسع القانون 04/11 في المادة 46 من نطاق المسؤولية ليشمل مكاتب الدراسات والمرقين العقاريين بالإضافة إلى كل المتدخلين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقود يبرمها معهم المرقي لمساعدته في الجانب التقني والتنفيذي في عملية الانجاز[1] . كما نصت المادة 556 من القانون المدني على أنه "يكون باطلا كل شرط يقصد

[1] النوعي أحمد، الترقية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة آفاق علمية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد 11، العدد 04 سنة 2019، ص 251.

به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه"، حيث بموجب هذه المادة يعتبر باطلا كل اتفاق أو شرط من شأنه إعفاء المهندس المعماري أو المقاول من ضمان متانة البناء وسلامته لمدة 10 سنوات التالية للتسليم ويعد باطلا وغير مكتوب كل بند في العقد يهدف إلى حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون

ومن أجل توفير حماية أكبر للمقتنين وضمان تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية أجبر القانون كل المرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في الجدول الوطني للمرقين العقاريين الانضمام إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الذي أنشأ بموجب أحكام المرسوم التشريعي 01/93 الصادر بتاريخ 1993/01/19، وتوكل لهذا الصندوق مهمة السهر على وضع الضمانات والتأمينات التي يلتزم بها المرقين العقاريين ومتابعة عملية إنجاز البنايات والتزام المرقي العقاري بضمان إدارة الأملاك لمدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية.

10-إلتزام المرقي العقاري باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

يلتزم المرقي العقاري طبقا للقانون 04/11 بالاكتتاب لدي صندوق الضمان والكفالة المتبادلة والانتساب إليه إجباريا، الشيء الذي لم يكن في إطار المرسوم التشريعي الملغي 93-03 الذي اكتفى فيه المشرع الجزائري من خلال المادة 11 بإلزام المرقي العقاري باكتتاب التأمين لدى الصندوق دون أن يلزمه بالانضمام إليه.

أ-إنشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

تم إنشاء هذا الصندوق fgcmpi في سنة 1993 وذلك بناءا على نص المادة 131 التي تعدل و تتمم المادة 121 من القانون رقم 26/89 المؤرخ في 1989/12/31 والمتضمن قانون المالية لسنة 1990 كما نصت المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 93/03 على إحداث هذا الصندوق، وبناء على النصين السابقين صدر المرسوم التنفيذي رقم 97/406 المؤرخ في 1997/11/03[1] المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية لكن هذا الصندوق لم يتم تنصيبه فعليا إلا في شهر أوت 2000 وقبل هذا التنصيب قامت شركات التأمين والمؤسسات المصرفية بكفالة المرقي العقاري[2].

ب-تعريف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

بداية لم يعرف قانون نشاط الترقية العقارية 11/04 هذا الصندوق هذا ما دفعنا للعودة إلى أحكام المرسوم التشريعي رقم 93/03 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 97/406 فنجد أنه:

[1] المرسوم التنفيذي 97-406 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر عدد 73 المؤرخة في 1997/11/05.

[2] قنى سعدية، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، ملتقى وطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي 17-18 فيفري 2013 من طرف مخبر الحقوق والحريات في الانظمة المقارنة بالتعاون مع فرقة بحث حول وضعية العقار في الجزائر وأثرها على التنمية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 116.

عبارة عن مؤسسة عمومية يمارس مهامه تحت وصاية الوزير المكلف بالسكن ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وله طابع تعاوني ولا يسعى لتحقيق الربح كما ألزم المشرع بموجب القانون رقم 11/04 "ضرورة انتساب كل المرقين العقاريين المعتمدين لهذا الصندوق بالمقابل نجد أنه في قانون المالية السابق 1/ 90 الذي نص على إمكانية أن ينخرط في هذا الصندوق كل شخص طبيعي أو معنوي ذو نشاط يتناسب مع مجال اختصاص الصندوق وأيضا المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 97/406 كما بين هذا المرسوم طريقة سير وتشكيلة هذا الصندوق.

ج-أهداف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

أجبر القانون رقم 04/11 المرقي العقاري ضرورة الانتساب إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وبهذا فإنه يتعين على المرقي 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 بناء على التصاميم وكذا عقد حفظ الحق.
- إتمام الأشغال تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية.

يترتب على تنفيذ الصندوق الضمان المذكور، حلوله محل حقوق المشتري فيما يخص ديونه اتجاه المرقي العقاري في حدود مصاريفه الحقيقية مع احتفاظ المشتري بالحقوق المحددة في المادة 57 و58 من القانون رقم 11/04، 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 المنخرطين.

د-مهام صندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

-تتمثل مهامه في ضمان التسبيقات التي يدفعها المشترون إلى المرقين العقاريين في إطار إنجاز المشـــروع العقاري من أجل بيعه قبل إنهائه - عقد حفظ الحق وعقد البيع بناء على التصاميم.

كون المرقي العقـاري الـذي يتلقى التســبيقـات مجبر بتـأمينهـا لـدى صــندوق الضــمان حتى يتمكن هذا الأخير من حماية المشــترين من احتمالات عجز المرقي العقاري لأي سـبب كان حيث يقوم الصـندوق بإرجاع المبالغ المالية المدفوعة إلى المشــترين بعد التأكد من عجز المرقي العقاري بالطرق القانونية شــرط أن يكون المشــتري حائزا على عقد البيع بناء على التصــاميم يتضــمن تأمينا لدى الصندوق[1].

- قيام الصــندوق بالإجراءات اللازمة لاســترداد الأموال التي دفعها للمشــترين من المرقي العقـاري ونجـد ذلـك في نص المـادة 6 من المرســوم التنفيـذي رقم 406/97 حيث يحل الصــندوق محل المشــترين وبالتالي يمكنه المطالبة بـالـديون المترتبـة على عـاتق المرقي ويســتوفيهـا وفقـا للإجراءات القـانونيـة، ولكن بعـد أن يقوم بتنفيـذ الضــمـان أي بعـد تســديـد المبـالغ للمشــترين وهـذا مـا نصــت عليـه المادتين 57 و58 من القـانون رقم 04/11 والمـادة 7 من المرسوم التنفيذي 406/97.

[1] قنى سعدية، مرجع سابق، ص 117.

-كما نشير إلى أن التأمين أمر إلزامي وعلى الموثق احترام ذلك وعدم إبرام عقود البيع بناءا على التصاميم أو عقود حفظ الحق في حالة عدم وجود هذا التأمين التزاما بنص المادة 54 من القانون رقم 04/ 11 وبالتالي لا يمكن للموثق تحرير عقد بيع بناء على التصاميم بدون وجودها، في المقابل على المشتري أن يعلم أن غياب شهادة الضمان يعني المخاطرة الحقيقية فقد يخسر أمواله ولا يحصل على ملكية السكن.

-يمكن صندوق الضمان أن يكلف أيضا بأنشطة إضافية عن طريق التنظيم، في إطار المهام المنصوص عليها في هذا القانون، طبقا لنص المادة 56.

هـ-المركز القانوني لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

نجد أن المرسوم التنفيذي رقم 406/97 نص في المادة 2 منه على أن للصندوق 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 أعمالا تجارية موضوعية، شكلية أو تبعية لكن الأعمال التي يقوم بها الصندوق تكتسي الصبغة المدنية وليس التجارية. أما مجال تدخل الصندوق في إطار عقد البيع على التصاميم والضمانات التي يقدمها الصندوق للمشتري فيتمثل في:

حددت المادة 54 من القانون04/11 وكذا المادة 02 من المرسوم التنفيذي 14-180 دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في إطار عقد البيع على التصاميم وعليه فالصندوق يضمن ما يلي:

-ضمان تسديد الدفعات التي قام بها المقتني بدفعها في شكل تسبيقات.

الهدف من اكتتاب المرقي العقاري تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة هو حصول المقتني على شهادة ضمان التسبيقات المدفوعة من قبله خلال مرحلة الإنجاز. وقد عرفت المادة 01 من وثيقة التأمين الخاصة بصندوق الضمان تلك التسبيقات على أنها "المبالغ المالية التي يقوم المشتري بدفعها للمتعامل في الترقية العقارية في إطار عقد البيع على التصاميم الذي يبرم طبقا للتشريع المعمول به ماعدا الدفع الأخير والذي يتم عند حيازة السكن أو بداية الانتفاع به".

كما حددت تلك الوثيقة من خلال المادة 06 المخاطر التي يغطيها الصندوق مميزة بين ما إذا كان المرقي العقاري شخصا طبيعيا أو معنويا:

حالة ما إذا كان المرقي العقاري شخصا طبيعيا يضمن الصندوق للمشتري ما يلي:

- وفاة المرقي العقاري دون تكفل ورثته بإتمام المشروع.
- فقدان مؤكد للمرقي العقاري بشرط أن يكون هذا الفقدان مؤكدا من خلال حكم صادر عن سلطة قضائية، أو إدارية مختصة في المجال.
- احتيال المرقي العقاري بشرط اثبات ذلك من طرف سلطة قضائية.

إضـافة إلى الحالات السـابقة تضـيف المادة 58 من القانون 04/11 حالة إفلاس والتصـفية القضـائية للمرقي العقاري الذي قام بمشـروع بيع على التصاميم فقد أضفى المشرع الجزائري على حقوق المقتنين امتياز الصف الأول في حدود ديونهم ويتم تحصيلها بتدخل الصندوق الذي يحل محلهم.

حالة ما إذا كان المرقي العقاري شخصا معنويا:

- إفلاس شركة المرقي العقاري.
- تصفية المؤسسة مهما كانت الأسباب المؤدية لذلك.
- اكتشاف احتيال ونصب من طرف السلطة القضائية.
- ضمان إتمام الأشغال:

تنص المادة 57 من القانون 04/11: " يؤدي سحب الاعتماد من المرقي العقاري أحد الأسباب المحددة أدناه، أو لأي سبب آخر، إلى حلول الصندوق قانونا محل المقتنين ويخوله حق متابعة عمليات إتمام إنجاز البنايات بموجب التزام مرق عقاري آخر على حساب المرقي الأصلي وبدلا عنه وذلك في حدود الأموال المدفوعة ".

وعليه وبموجب هذه المادة أصبح الصندوق يضمن إتمام الأشغال، ويقصد بهذا الضمان "التزام الصندوق بالإتمام الجيد لأشغال إنجاز البنايات أو أجزاء من البنايات".

حـالات عـدم ضــمـان الصــنـدوق للمشــتري: لا يمكن أن يطلـب من الصندوق ضمان ما يلي:

- ضـمان حسـن الانجاز لأن هذا يضـمنه تأمين خاص وهو الضـمان السـنوي المحدث بموجب المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09.
- التأخر في تسليم الأملاك المكتسبة إلى المشتري، والمنجزة بناء على التصميم المتفق عليه.
- الزيادة في الثمن في حالة مراجعته.
- الغرامات المالية بمختلف أنواعها.
- التعويضات الاتفاقية والقضائية.
- التعويض عن الكوارث الطبيعية، كونها تخضــع للأمر رقم 12/03 المؤرخ في 2003/08/26، المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا.
- الحرائق والانفجارات والأخطار المهنية الناتجة عن أشــغال البناء والمؤمن عليها بموجب الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات.
- حـالـة فسـخ عقـد البيع بنـاء على التصــاميم كل هـذه الحـالات تخرج من مســؤولية الصــندوق، ويتحمل المرقي العقاري والمشــتري ضــمانها، وذلك باكتتاب لدى شركات التأمين المختلفة.

و-مجال تدخل الصندوق في إطارعقد حفظ الحق:

يقتصر دور الصندوق في عقد حفظ على اعتباره هيئة ضمان فقط، فقد نصت المادة 27 الفقرة 02 من القانون 04/11 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".

وتم تحديد مبلغ التسبيق بموجب المادة 52 من القانون 04/11 بنسبة لا تتجاوز 20% من السعر التقديري للعقار حسب ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين. كما أشار المرسوم 14-180[1] في المادة 03 منه أنه من أهداف الصندوق ضمان متابعة وتسيير الحسابات التي تسجل التسبيقات المدفوعة من أصحاب حفظ الحق.

سادسا: المسؤولية العشرية للمرقي العقاري بموجب القانون رقم 11/04

يتحمل المرقي العقاري خلال مدة عشر 10 سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل اخر في حالة سقوط البناية كليا أو جزئيا بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 14-180 المؤرخ في 05 يونيو 2014 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 03نوفمبر 1997 والمتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

ينبغي التنويه إلى أن المشرع قد وسع بموجب النص المذكور من النطاق الشخصي للمسؤولية العشرية إذا يتحملها بالتضامن كل من المرقي العقاري ومكاتب الدراسات والمقاولين الثانويين والشركاء وأي متدخل آخر يربطه عقد بالمرقي العقاري، وفي مقابل ذلك ضيق من نطاق الأعمال التي تغطيها المسؤولية العشرية للمرقي العقاري ويتعلق لأمر بالبنايات دون المنشآت الثابتة لأخرى، وهذا بموجب المادة 26 الفقرة 03 من قانون 04-11 التي تنص: "غير أن شهادة الحيازة والمطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي يتعرض إليها المرقي العقاري".

ويشترط لأعمال احكام المسؤولية العشرية للمرقي العقاري عموما تطبيق الأحكام الواردة في القانون المدني والمتمثلة[1] فيما يلي:

- ان يقع التهدم الكلي أو الجزئي للبناية أو أن تكتشف العيوب المهددة لسلامة البناية ومتانتها في الآجال المحددة بعشر 10 سنوات والتي يجري احتسابها من وقت تسلم العمل نهائيا، اعمالا بالمادة 1-2/554 من القانون المدني ويجدر التنويه إلى أن احتساب سريان هذه المادة غير وارد في القانون 04/11.

- أن يستفيد من اعمال أحكام المسؤولية العشرية للمرقي العقاري المالكون المتوالون على البناية اعمالا بالمادة 3/43 والتي جاءت بالنص على أنه: "ويستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية، " فالمسؤولية العشرية للمرقي العقاري مرتبطة في الأساس بملكية البناية.

[1] بوقرة أم الخير، المسؤولية العشرية للمرقي العقاري دراسة تحليلية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 367.

- أن ترفع دعوى المسؤولية العشرية على المرقي العقاري أو على غيره من المتدخلين في المشروع العقاري نظرا للتضامن بينهما خلال ثلاث 3 سنوات يجري احتسابها من وقت وقوع التهدم أو اكتشاف العيوب المهددة لسلامة البناية ومتانتها اعمالا بالمادة 557 من القانون المدني.

- -أن لا يقع الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العشرية أو الحد منها لأن أحكامها من النظام العام وان وقع ذلك كان الاتفاق البطلان أعمالا بالمادة من القانون المدني 556.[1]

سابعا: التأمين على المسؤولية المدنية والمهنية للمرقي العقاري

يعد البناء من بين المجالات التي جعل الأمر رقم 95-107 التأمين فيها إلزاميا حيث تنص المادة 157 منه: "على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني وأي متدخل شخصا طبيعيا كان أو معنويا أن يكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء وتجديد البناءات أو ترميمها".

وإن كانت هذه المادة لم تشر صراحة إلى التزام المرقي العقاري باكتتاب تأمين على مسؤوليته المدنية المهنية إلا أن المشرع الجزائري حمله هذا الالتزام من خلال المادة 06 من المرسوم 12-85 التي تنص على ما يلي: "يتعين على المرقي العقاري اكتتاب تأمين أو عدة تأمينات على الأثار المالية لمسؤوليته المدنية والمهنية " وكذا ما جاءت به المادة 30 من نفس المرسوم: "يتعين على المرقي العقاري الاكتتاب في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة".

[1] بوقرة أم الخير، مرجع سابق، ص 367.

وبذلك فإنه يستوجب على المرقي العقاري بموجب الأمر 95-07 مؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات، ج ر رقم 13 الصادرة بتاريخ 1995/05/08 و المرسوم التنفيذي 12-85 المؤرخ في 2012/02/20 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، ج ر عدد 11 المؤرخة في 2012/02/26 القيام باكتتاب جميع التأمينات لضمان جميع الأخطار التي يكون مسؤولا عنها، وإن الهدف المتوخى من هذا التأمين هو توفير نوع من الحماية للمكتتبين نظرا لانعدام الخبرة لديهم في مجال البناء، وذلك بالتكفل بتعويضهم عن الأضرار التي تلحق بهم والناتجة عن أعمال البناء من جهة وكذا سرعة حصولهم على هذا التعويض من جهة أخرى، وعليه فالأولوية للتعويض وإصلاح الضرر قبل البحث في تحديد المسؤولية وعناصرها.

وتمتد مدة هذا التأمين من تاريخ فتح الورشة إلى غاية لاستلام النهائي للأشغال ما جاءت به المادة 177 من قانون التأمين.

-مجال التأمين على المسؤولية المدنية المهنية للمرقي العقاري:

لم يحدد المشرع الجزائري الأخطار التي يتعين على المرقي العقاري تأمين مسؤوليته المدنية والمهنية عليها وبذلك فتح المجال للتأمين ضد أي خطر يهدده ويهدد المقتني[1]، وبما أن المرقي العقاري يعتبر متدخلا في أشغال البناء فإن التأمين يمكن أن يشمل المجالات التالية:

- الدراسات والتصاميم في الهندسة المعمارية.
- الدراسات والتصورات الهندسية.

[1] بن تريعة مها، مرجع سابق، ص 28.

- تنفيذ الأشغال على اختلاف أنواعها فيما يخص صلابتها ورسوخها أي فيما يخص أي شيء من شأنه أن يعرض المنشأ للخطر.
- المراقبة المستمرة لنوعية مواد البناء وتنفيذ الأشغال.
- الرقابة التقنية التصاميم المنشآت.
- متابعة ورشات البناء وترميم المباني[1].

كما يمكن أن يشمل التأمين:

- ضمان مخاطر الإنجاز الناتج عن عملية البناء من الكوارث الطبيعية والحريق والانفجار والسرقة وغير ذلك من المخاطر.
- ضمان المسؤولية المدنية التي تتضمن الأضرار الجسمانية عند الحادث وكذا الخسائر والأضرار التي تصيب الغير.

ثامنا: جزاء إخلال المرقي العقاري بالتزاماته في عقد البيع بناء على تصاميم

إن الجزاء العام لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية هو فسخ العقد، مع التعويض في حال ثبوت ضرر بالطرف الآخر جراء عدم تنفيذ الالتزام.

[1] المادة 02 من المرسوم التنفيذي 414/95 المؤرخ في 1995/12/09، المتعلق بإلزامية التأمين في مجال البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، ج ر رقم 76، الصادرة بتاريخ 1995/12/10.

والمسؤولية المدنية للمرقي العقاري معترف بها قانونا، إضافة إلى مسؤوليته الجزائية والتي أقرها صراحة القانون 04/11 بنصه على جملة من العقوبات كجزاء يتحمله المرقي العقاري في حالات محددة وسنركز على جزاء إخلال المرقي العقاري بالتزاماته في عقد البيع على التصاميم والتي سبق بيانها:

- إن كل تأخر يلاحظ في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم، يؤدي إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرقي العقاري.
- يتحمل المرقي العقاري مسؤولية إصلاح عيوب البناء أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية.
- إن عدم التزام المرقي العقاري بإبلاغ المقتني بالبيانات المتعلقة بالعقار والمذكورة في المادة 30 من القانون 04/11 والتي سبق بيانها، يعرض المرقي العقاري إلى عقوبة تتمثل في غرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000دج).
- إن عدم التزام المرقي العقاري بتوضيح تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع يؤدي إلى بطلان عقد البيع على التصاميم وذلك وفقا للمادة 01/37 من القانون 04/11.
- إن عدم تسليم شهادة المطابقة للمقتني يحول دون إمكانية تسليمه البناء من طرف المرقي العقاري وهو ما نصت عليه المادة 39 من نفس القانون المذكور أعلاه.
- إن تقصير المرقي العقاري في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته تجاه المقتنين قد يعرضه إلى عقوبات إدارية تتمثل في السحب المؤقت للاعتماد لمدة 6 أشهر كما يمكن سحب الاعتماد نهائيا من المرقي في حالة تجاهله وعن قصد وبصفة خطيرة أو متكررة للالتزامات الملقاة على عاتقه.

إن مطالبة المرقي العقاري أو قبوله لتسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو سند تجاري قبل توقيع عقد البيع على التصاميم يعرضه لعقوبة جزائية تتمثل في الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من مائتي ألف (200.000 دج إلى مليوني دينار (2.000.000دج) وذلك وفقا للمادة 71 من القانون 04/11.

تاسعا: تعريف عقد حفظ الحق

يعد عقد حفظ الحق الية من الاليات الجديدة التي جاء بها المشرع الجزائري من خلال القانون 04/11 والذي يهدف من خلاله إلى تنظيم العلاقة بين المرقي العقاري والمكتتب إلى غاية ابرام العقد النهائي [1].

جاء المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 11 - 04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بصيغة عقد حفظ الحق، وقد عرفه القانون الفرنسي في بيع العقار تحت الإنشاء وهو عقد ابتدائي contrat preliminaries يسبق العقد النهائي، وهذا بموجب القانون رقم 67-03 المؤرخ في 1967/01/03 المتضمن قانون البناء والسكن، بأنه "عقد ابتدائي يسبق العقد النهائي والذي بموجبه يلتزم البائع بأن يحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري 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 طبقا لنص المادة 34 من قانون البناء والسكن"[2] .

---

[1] كمال فتحي دريس، خصوصية عقد حفظ الحق في نشاط الترقية العقارية وفقا للتشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد،10 العدد3 ديسمبر 2019، ص 564.

[2] دوة اسيا، عقد حفظ الحق، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 27 و28 فيفري 2012، ص03.

وقد عرف المشرع الجزائري عقد حفظ الحق بموجب القانون 86-07 المؤرخ في 1986/03/04 المتعلق بالترقية العقارية في الفصل السادس منه، بمناسبة أخذه بنمط البيع الأجل la vente à terme فنصت المادة 29 من القانون رقم 86-07 السالف الذكر على أنه "يمكن الهيئة العمومية التي يخولها قانونها الأساسي إنجاز عمليات الترقية العقارية، أن تقترح "البيع" بناء على مخططات تمت الموافقة عليها طبقا لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير، كما يمكن المكتتب لإنجاز إحدى عمليات الترقية العقارية الذي يستوفي قانونا جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بها أن يقترح البيع بناء على تصاميم تمت الموافقة عليها طبقا لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير والمستخلصة من دفتر الشروط[1]"، ونصت المادة 30 من نفس القانون على أنه "يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل تحرير عقد حفظ الحق الذي يحدد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية".

ولم يستقر المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية على تسمية واحدة لهذا العقد فمرة ينص على عقد حفظ الحق contra de réservation ومرة عقد تمهيدي contra préliminaires مثل ما سماه المشرع الفرنسي، فهو عقد سابق للعقد النهائي الناقل لملكية العقار محل عقد حفظ الحق، بحيث يلتزم بموجبه المترشح للملكية بإيداع ضمان باسمه يفتح لدى المؤسسة المالية المخولة، وبالمقابل يلتزم المكتتب

[1] البيع الآجل هو البيع الذي أخذ به المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 86 -07 المتعلق بالترقية العقارية، والذي يسبقه عقد حفظ الحق وهو نفس نمط البيع الذي اعتمده بموجب القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في المادة 27 وما يليها والذي يكرس بعقد نهائي بما في ذلك نص المادتين 31 و33 من هذا الأخير مع بعض الاختلافات.

بتبليغ المترشح للملكية مشروع عقد البيع قبل شهر من تاريخ توقيع عقد البيع النهائي، طبقا لنص المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 86-38 المؤرخ في 1986/03/04 الذي يحدد شروط الاكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته ويضبط دفتر الشروط النموذجي[1]، بحيث يشمل على بيان وصفي للعقار المبيع بدقة ويحدد السعر التقديري وطريقة مراجعته وشروط الدفع وكيفياته وآجال التسليم وعقوبات التأخير وضمانات تمويل وسائله.

وبصدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الذي ألغى القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، لم يتضمن صيغة البيع الآجل الذي يجب أن يسبقه عقد حفظ الحق وجاء بصيغة جديدة للبيع عرف بعقد البيع بناء على التصاميم الذي له أحكام خاصة.

غير أنه وبصدور القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية عاد ونص على عقد حفظ الحق من جديد وعرفه في الفرع الأول من الفصل الثالث من ذات القانون المتعلق بكيفية بيع الأملاك العقارية وذلك في المادة 27 على أن "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق فور إنهائه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير، 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 يحدد نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم".

[1] أنظر في ذلك: المرسوم رقم 86-38 المؤرخ في 1986/03/04 يحدد شروط الاكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته، ويضبط دفتر الشروط النموذجي والمنوال النموذجي لعقد حفظ الحق، ج ر العدد 10 مؤرخة في 1986/03/05.

ويتعين على المرقي العقاري بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر الاستلام المؤقت للبناية أو لجزء منها بإعداد عقد بيع البناية أو جزء من البناية المحفوظة، أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق طبقا لنص المادة 33 من نفس القانون. وعليه فإن عقد حفظ الحق هو عقد ابتدائي غير ناقل للملكية يتم فيه دفع ثمن العقار على دفعتين الاولى عند ابرام العقد الابتدائي وباقي الثمن كدفعة ثانية عند ابرام العقد النهائي الناقل للملكية. أما عقد بيع العقار على التصاميم فهو عقد نهائي ناقل للملكية بالموازاة مع تقدم الاشغال وتسديد المكتتب لثمن الجزء المنجز من البناية وذلك بصفة دورية.

فأغلب التشريعات عرفت عقد حفظ الحق من خلال اثاره ولاسيما تلك المتعلقة بحجز العقار للمقتني مقابل دفع مالي كضمان، أما المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 27 من القانون 04/11 فقد استعمل مصطلح التسليم كأهم التزام للمرقي العقاري عند إبرامه لعقد حفظ الحق في حين الالتزام بالتسليم لا يرد إلا في العقد التام الناقل للملكية بعد دفع الثمن الكامل وعليه كان لا بد من استعمال نفس المصطلح الذي استعمله المشرع الفرنسي وهو "حجز عقار أو جزء من عقار للمشتري" ومن خلاله يتضح أنه عقد ابتدائي غير ناقل للملكية وإنما يرتب التزاما بتخصيص العقار المقرر بناؤه أو في طور الإنجاز للمقتني مقابل تسديد تسبيق نقدي.[1]

[1] كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 566.

1-خصائص عقد حفظ الحق

يتميز عقد حفظ الحق بخصوصية تميزه عن العقود الأخرى الناقلة للملكية العقارية وفقا للقواعد العامة، عقد ملزم لجانبين، في أنه عقد غير ناقل للملكية العقارية، عقد مكتوب.

-أنه عقد ملزم لجانبين:

عقد حفظ الحق يعتبر من العقود التبادلية طبقا للقواعد العامة لاسيما المادة 55 من القانون المدني باعتباره يرتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، فيلتزم المرقي العقاري بالقيام بكل ما من شأنه أن يجعل صاحب حفظ الحق يستفيد من العقار محل الحفظ إلى غاية إعداد عقد بيع البناية أو جزء من البناية محل حفظ الحق طبقا لنص المادة 27 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، يلتزم المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنهاؤه، بالمقابل يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق نقدي باسمه يمثل مبلغ الضمان يودع في حساب خاص في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية.[1]

-أنه عقد غيرناقل لملكية العقارمحل حفظ الحق:

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث نتائج قانونية معينة والتصرفات القانونية الناقلة للملكية منها ما يصدر عن إرادتين ولا يتم تكوينه إلا باتفاقهما ومنها ما يصدر بإرادة منفردة، وعقد حفظ الحق قلنا أنه من التصرفات الملزمة لجانبين، ومحله عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء.

[1] دوة اسيا، مرجع سابق، ص 05.

وبالرجوع للقواعد العامة حتى تنتقل الملكية العقارية لابد من إتباع إجراءات شـــكلية دقيقة وتحرير العقود التي تتضـــمن نقل أو تغيير أو تعديل ملكيـة عقـار أو حقوق عينيـة عقـاريـة، وأن كل عقـد لا يتم وفقـا للإجراءات المقررة يكون بـاطلا بطلانـا مطلقـا، وهـذا مـا تضـــمنتـه المـادة 324 مكرر1 من القـانون المـدني الجزائري، التي تقضـــي أنـه "زيـادة على العقود التي يـأمر القانون إخضـــاعها لشـــكل رســـمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضـــمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، في شـــكل رســـمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

وقد أوجب المشـــرع على محرري العقود الرســـمية القيام بإجراءات تســـجيلها وشـــهرها بـالمحـافظـة العقـاريـة قبـل تســـليم العقود لأصـــحـابهـا، ومن بين النصـــوص الآمرة بـذلـك المـادة 793 من القـانون المـدني التي تنص على أنـه "لا تنتقـل الملكيـة والحقـوق العينيـة الأخرى في العقـار ســـواء كان ذلك بين المتعـاقـدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير الشهر العقاري".

وعقد حفظ الحق لا يخضـع لإجراءات الشـهر العقاري على غرار عقد البيع على التصـــاميم بحيث أنه يرتب بين أطراف العقد، أي المرقي العقاري وصـــاحب حفظ الحق فقط التزامات شـــخصـــية تحكمها القواعد العامة وكذا القواعد الخاصة المنصوص عليها في القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

فيبقى المرقي العقاري مالكا للعقار محل حفظ الحق، والعقد الناقل للملكية هو ذلك العقد النهائي الذي يلتزم المرقي بإعداده أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق هذا الأخير هو الذي يشترط فيه أن يكون في قالب رسمي لدى الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق طبقا لنص المادة 33 من القانون السالف الذكر[1]. ويختلف عقد حفظ الحق عن عقد الوعد بالبيع وكان قد نص على ذلك صراحة المشرع في القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، بموجب المادة 31 منه على أنه "خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن تنظيم التوثيق وأحكام المادة 71 من القانون المدني، يحرر العقد التمهيدي المسمى عقد حفظ الحق في شكل "عقد عرفي" ويخضع لإجراء التسجيل"، فعقد حفظ الحق يختلف على الوعد بالبيع المنصوص عليه في المادة 71 من القانون المدني هذا الأخير أصبح بموجب القانون رقم 03- 22 المؤرخ في 2003/12/25 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 يشهر في المحافظة العقارية.

وعقد حفظ الحق يعتبر عقد غير ناقل لملكية العقار محل حفظ الحق، فهو عقد يرتب فقط التزامات شخصية بين طرفيه، فنص المشرع على إمكانية فسخه في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري إما باتفاق الطرفين، أو بطلب من أحد أطرافه سواء كان صاحب حفظ الحق أو المرقي العقاري طبقا لنص المادة 32 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

[1] دوة اسيا، مرجع سابق، ص 06.

-تعيين العقار محل حفظ الحق:

حسب أحكام المادة 27 من القانون رقم 04/11 فيتم تحديد نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13، وبالرجوع إلى الملحق الثاني بالمرسوم المذكور نجده قد ركز على بيانات الزامية أهمها تعيين العقار محل العقد ويتم تعيين العقار بتحديد الموقع الدقيق للبناء أو جزء من البناية موضوع عقد حفظ الحق والمساحات والملحقات التابعة للسكن وتحديد الاملاك المشتركة من حيث العناصر المكونة لها من ملحقات مبنية أو غير مبنية والتجهيزات والمنشآت التي تشملها الملكية المشتركة.

-السعر التقديري للبيع:

بالرجوع لنص المادة 52 من القانون 04/11 فيتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري لا يتجاوز 20 بالمائة من السعر التقديري للعقار المتفق عليه بين الطرفين مقابل تسليم البناية موضوع عقد حفظ الحق مع ترك الحرية للأطراف في تحديد التسبيق المالي الذي يدفعه صاحب حفظ الحق ولا يتعدى 20 بالمائة من السعر التقديري للبيع، مع عدم النص صراحة على قابلية السعر للمراجعة كما هو الامر للبيع على التصاميم بموجب المادة 38 من القانون 04/11 التي نصت على امكانية مراجعة سعر البيع بشرط أن ترتكز صيغة مراجعة الاسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة والا يتجاوز مبلغ مراجعة السعر 20 بالمائة كحد أقصى من السعر المتفق عليه.[1]

[1] كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 568.

2-غياب دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة مقارنة بدوره في عقد البيع على التصاميم

بموجب المرسوم التشريعي رقم 01/93 المؤرخ في 1993/01/19 المتضمن قانون المالية لسنة 1993 تم انشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وكانت له مهمة السهر على وضع الضمانات والتأمينات التي يلتزم بها المرقون العقاريون عند الاكتتاب.

وبالرجوع إلى الفصل الرابع من القانون رقم 04/11 ولاسيما المواد 54 وما يليها يتضح أن المشرع الجزائري قد ركز على دور صندوق الضمان في عقود البيع على التصاميم. ويقتصر دور صندوق الضمان في عقد حفظ الحق مقارنة بعقد البيع على التصاميم في تلقي التسبيقات المالية من صاحب حفظ الحق طبقا للمادة 27 التي نصت في فقرتها الثانية على أنه "يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الاخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون". كما نظم المرسوم التنفيذي رقم 180/14 كيفية حلول الصندوق محل مقتنين الأملاك العقارية في عقد البيع على التصاميم إلا أنه لم يبين دوره كضامن في عقد حفظ الحق.

3-التزامات المرقي العقاري في عقد حفظ الحق

من خصـــائص عقد حفظ الحق أنه عقد ملزم لجانبين مما تترتب التزامات متبادلة في ذمة المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق، هذا الأخير يلتزم بإيداع مبلغ الضمان في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية ويلتزم بالشـــراء، وبالرجوع إلى الفرعين الثاني والثالث من الفصـــل الثالث للقانون 04/11 ســـالف الذكر فنجد أن المشـــرع الجزائري قد نص على الالتزامات الملقاة على عاتق طرفي عقد حفظ الحق لذا ســـوف نتطرق لالتزامات كل من صاحب حفظ الحق والتزامات المرقي العقاري:

- أدرج المشـــرع الجزائري الالتزامات في الفرع الأول من نفس الفصـــل تحت عنـوان كيـفيـات البـيـع ولاســـيـمـا نصـــوص المـواد 27- 30 - 31- 33 من القانون 04/11.
- تخصـــيص العقار للمقتني وإبرام العقد النهائي لنقل الملكية خلال الأجل المتفق عليه:

ذلك أن أهم التزام يقع على المرقي العقاري لدى ابرامه لعقد حفظ الحق مع المقتني هو تحويل ملكية العقار موضـــوع العقد عند تاريخ التســـديد النهائي لســـعر العقار المحفوظ على ان يتم اعداد عقد البيع أمام الموثق، حيث حددت المادة 33 من القانون 04/11 للمرقي العقاري أجل إعداد عقد البيع وذلك بعد ثلاثة أشـــهر كحد أقصـــى على اثر الاســـتلام المؤقت للبناية أو لجزء منها مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق، كما أكد الملحق للمرســـوم التنفيذي الذي حدد نموذج عقد حفظ الحق

والـذي تعرض للأجـل التقـديري للتسـليم كبيـان الزامي في العقـد بنصـه "تحت طائلة العقوبات المنصـوص عليها في التشـريع المعمول به وطبقا لأحكام المـادتين 31 و33 من القـانون رقم 04/11 يلتزم المرقي العقـاري بنقـل ملكيـة الملك العقاري المتفق عليه لصـاحب حفظ الحق في أجل لا يتعدى ثلاثة أشـهر كحـد أقصـى على اثر الاسـتلام المؤقت للبنـاية أو لجزء منها وذلك ابتداءا من تاريخ التوقيع على هذا العقد".

- عـدم لجوء المرقي العقـاري للإشـهـار الكاذب أو الاسـتغلال بـأي شـكل من الأشكال حسن نية أو ثقة المقتني والسهر على إعلام حقيقي.
- السهر على صحة البيانات والمعلومات الواردة في الوثائق والقرارات والعقود المقدمة لمقتضـيات النشـاطات قصـد تعزيز علاقاته التجارية مع المقتنين المستقبليين.
- التزام المرقي العقاري بعدم المطالبة أو تلقي أي تسـبيق أو ايداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها قبل توقيع العقد. [1]
- الالتزام بعدم التأخير في التسـليم الفعلي للعقار وان كان المشـرع الجزائري قـد نص عليـه في عقـد البيع على التصـاميم وليس عقـد حفظ الحق كما هو ثابت في نص المادة 43 من القانون 04/11.
- ضـمان الاعلام عن مشـروعه العقاري في الاماكن المخصـصـة للإشـهـار في البلدية المختصة اقليميا وذلك قبل أي عرض للبيع.
- اتخاذ المرقي العقاري كل التدابير التقنية والقانونية الضـرورية من أجل تسهيل التكفل بتسيير العقار المنجز وضمان الحفاظ عليه.

[1] كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 570.

- التزام المرقي العقاري بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه ويتعين عليه مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الاخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة، ومن اهم الضمانات التي كفلها المشرع للطرفين ما ورد من أحكام في المادة 45 من القانون رقم 04/11 التي نصت على بطلان كل بند في العقد يهدف إلى اقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقي العقاري. [1]

4-التزامات صاحب حفظ الحق

نص المشرع الجزائري في الفرع الثالث من الفصل الثالث من القانون 04/11 على التزامات صاحب حفظ الحق وهي:

- دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري لا يتجاوز 20 في المائة من السعر التقديري للعقار الذي اتفق عليه الطرفان على عكس القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الذي حدد التسبيقة النقدية بمبلغ يساوي نسبة 20 بالمائة من السعر التقديري للعقار. والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أغفل في هذا الفرع من القانون 04/11 على النص صراحة عن التزام صاحب حفظ الحق بدفع المبلغ الكامل للسعر التقديري للعقار عند حلول أجل تسليمه وإبرام العقد النهائي.

- احترام بنود نظام الملكية المشتركة وتسديد كل المساهمات التي تقع على عاتقه بعنوان التسيير والحفاظ على العقار الذي يملكه، واحترام بنود دفتر الشروط المسير للتجزئة وتسديد كل المساهمات التي تقع على عاتقه.

[1] كمال فتحي دريس، مرجع سابق، ص 571.

خاتمة

حاولت الباحثة من خلال هذا الكتاب التطرق إلى نماذج لعقود تجارية يدرسها الطالب خلال مساره الدراسي في طور الماستر تخصص قانون الأعمال وذلك من خلال البحث والتفصيل في أربعة عقود حسب البرنامج المسطر للمحاضرات.

حيث تطرقت الباحثة في الفصل الأول إلى عقد الاعتماد الإيجاري واحد من العقود التجارية الهامة المعمول بها على المستوى العالمي الذي أثار العديد من النقاشات الفقهية حول تعريفه وخصائصه المميزة منذ ظهوره في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1952 و قد نظمه المشرع الجزائري بموجب الأمر 09/96 المتعلق بالاعتماد الإيجاري واعتبره عملية تجارية ومالية وعملية قرض تمارسه على سبيل الحصر البنوك والمؤسسات المالية وشركات الاعتماد الإيجاري المؤهلة قانونا والمعتمدة صراحة مع المتعاملين الاقتصاديين ذوي المشاريع المهنية فميلاد هذا النوع من العقود جاء ليتلاءم مع النشاطات الاقتصادية للمشاريع من حيث تمويلها بالأموال اللازمة لها لضمان استمرارية نشاطها وتحديث وسائل إنتاجها بوسائل التقدم التكنولوجي.

أما الفصل الثاني فيتعلق بعقد الوكالة بالعمولة للنقل الذي يعد من أهم أنواع الوكالة بالعمولة ونوع من أنواع التوسط في إتمام الصفقات وصورة خاصة للوساطة في مجال النقل بمختلف أنواعه نظمه المشرع الجزائري في أحكام القانون التجاري في المواد 56 إلى 61 خاصة بعقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشياء والمواد من 69 إلى 73 خاصة بعقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص.

أما الفصل الثالث فتطرقت إلى الكفالة المصرفية التي ابتكرها العرف المصـــرفي كنوع من التســـهيلات الائتمانية التي تقدمها البنوك لعملائها بدلا عن التأمين النقدي وكأداة ضـــمان بهدف ضـــمان الوفاء بالالتزام لصـــالح المستفيد وتسمى الائتمان بالتوقيع والتي ظهرت كنتيجة حتمية لتطور النظام البنكي بحيث اســـتعارت البنوك بعض أدوات القانون المدني وأدخلت عليها تعديلات تتماشى مع طبيعة التعامل البنكي والتي أصـبحت اليوم تلعب دورا هاما في تمويل التجارة الداخلية والخارجية.

أما الفصـــل الرابع فتعلق بعقد الترقية العقارية الذي يندرج ضـــمن أهداف الســـياســـة الوطنية لتطوير نشـــاطات الترقية العقارية والذي نظمه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 والذي ضبط القانون الأساسي للمرقي العقاري ونظم العلاقات بين المرقين العقاريين والمقتنين وذلك بتحديد التزامات وحقوق الطرفين ووضـــع ضـــمانات لحماية الراغبين في اقتناء السكنات وفرض عقوبات على المرقين المخالفين للتنظيم الخاص.

تم بحمد الله تعالى.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1. أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني أحكام الالتزام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

2. بسام هلال مسلم القلاب، التأجير التمويلي دراسة مقارنة، دار الراية للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2009.

3. جاك يوسف الحكيم. الحقوق التجارية، الجزء الثاني، جامعة دمشق، سوريا،1988.

4. ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني: دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2001.

5. رضوان فايز نعيم، عقد التأجير التمويلي، ط 1، دار النهضة العربية، مصر،1997.

6. زياد أبو حصوة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة، دار الرأي، الأردن، 2005.

7. سليم سعداوي، حماية المستهلك - الجزائر نموذجا - دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

8. سميحة القليوبي، شرح قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، ط3، العقود التجارية وعمليات البنوك، د م ن 2000.

9. صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، ط 1، دار وائل للنشر، الأردن، 2005.

10. طه محمد أبو العلا، الإيجار التمويلي الحقيقي للمعدات الإنتاجية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

11. عبد الرحمن السيد قرمان، عقد التأجير التمويلي، دار النهضة، مصر، 1999.

12. علي سيد قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، مصر، 1990.

13. عمورة عمار، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، دون سنة نشر.

14. فلاح حسن الحسيني، ومؤيد عبد الرحمان الدوري، إدارة البنوك مدخل كمي واستراتيجي معاصر، ط 1، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، 2000.

15. فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الاحكام العامة والخاصة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 1999.

16. محمد عايد الشـــوابكة، عقد التأجير التمويلي دراســـة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

17. مناني فراح، العقد الالكتروني وســـيلة اثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

18. نجوى ابراهيم البدالي، عقد الايجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.

19. نســـرين شـــريقي، الأعمال التجارية التاجر -المحل التجاري، ط1، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

20. هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، ط2، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 1998.

21. هاني دويدار، النظام القانوني للتجارة (العقود التجارية العمليات المصرفية الاسناد التجارية الافلاس، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1997.

22. هاني دويدار، الوجيز في العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات

1. بن بابوش فاطنة، الكفالة البنكية كأداة للضمان في عمليات الائتمان في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، السنة الجامعية، 2018-2019.

2. بن تريعة مها، مسؤولية المرقي العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013 -2014.

3. خدروش الدراجي، النظام القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2008-2009.

4. دعاس حميدة، النظام القانوني لعقد الوكالة بالعمولة، رسالة ماجستير، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، السنة الجامعية 2014-2015.

5. صفاء عمر خالد بلعاوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2004 -2005.

6. عباس عيسى هلال، مسؤولية البنك في عقود الائتمان، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، السنة الجامعة 1992-1993.

7. عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2009 -2010.

ثالثا: المقالات

1. أسماء مرابط، محمد دمانة، كمال بوداحرة، الضمانات الشخصية المستحدثة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، المجلد 6، العدد 2، 2019

2. بلغيث صبرينة، الطبيعة القانونية لخطاب الضمان البنكي، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، المجلد 04، العدد 01، 2019.

3. بنت الخوخ مريم، دور الكفالة المصرفية في مجال الائتمان، دفاتر البحوث العلمية، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، العدد 11، 2017.

4. حوحو يمينة، تنظيم الضمان المستقل وفقا لأحكام الكفالة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر.

5. حورية لشهب، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، عدد 12، 2007.

6. زهرة بن عبد القادر -محمد رضا التميمي، دور العملية التعاقدية في حماية المقتني في عقد البيع بناء على التصاميم، مجلة العلوم الانسانية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، العدد 9، 2018.

7. سعد عبد محمد، مشروعية خطابات الضمان في المصارف الاسلامية – حالة تطبيقية في العراق، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي الخامس، 2014

8. عبد الرحمن قيصر شوقي يعيش، مدى الالتزام القانوني للبنك في خطاب الضمان، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا نابلس، فلسطين، 2018.

9. عكوش سهام، الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان الدولي وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995، دفاتر السياسة والقانون، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، العدد 19، 2018.

10. قماز ليلى، الوكالة بالعمولة للنقل نظام قانوني لنقل متعدد الوسائط، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 1، 2014.

11. كمال فتحي دريس، خصوصية عقد حفظ الحق في نشاط الترقية العقارية وفقا للتشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 10، العدد 3، 2019.

12. لمين لعريط، قراءة في شروط ممارسة مهنة المرقي العقاري وفقا للتشريع الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة يحي فارس المدية، مجلد 1، عدد 2، 2019.

13. النوعي أحمد، الترقية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة آفاق علمية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، المجلد 11، العدد 04، 2019.

14. هاني هليل هطيلان الفليح، ضمانات طرفي عقد الوكالة بالعمولة في القانون الأردني دراسة مقارنة، مركز المنارات البادية للبحوث والدراسات الأردن، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 1.

رابعا: المداخلات في التظاهرات العلمية

1. بوقرة أم الخير، المسؤولية العشرية للمرقي العقاري دراسة تحليلية، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، 18/17 فيفري 2013.

2. دوة اسيا، عقد حفظ الحق، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 27 و28 فيفري 2012.

3. زرارة عواطف، التزامات المرقي العقاري في عقد البيع بناء على التصاميم، الملتقى الوطني حول اشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة،18/17 فيفري 2013.

4. قنى سعدية، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، ملتقى وطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، 17-18 فيفري 2013.

خامسا: النصوص القانونية

أ-القوانين والأوامر:

1. الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78 المؤرخ في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.الأمر رقم: 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ج ر العدد 101 المؤرخ في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 ج ر العدد 27 المؤرخ في 27 أفريل 1993.

2. مرسوم تشريعي رقم 03/93المؤرخ في 01 /1993/03 المتعلق بالنشاط العقاري ج ر عدد 14 الصادرة في 1993/03/03 (ملغى).

3. الأمر 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري، ج ر، عدد03، 1996، الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996.

4. القانون 07/86المؤرخ في 1986/03/04 ج ر عدد 10 الصادرة في 05 مارس 1986 (ملغى).

5. القانون النقدي والمصرفي 23-09 المؤرخ في 21 يونيو 2023 يتضمن القانون النقدي والمصرفي جريدة رسمية عدد 43 الصادرة في 27 يونيو 2023.

6. قانون رقم 04/11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج ر عدد 14 الصادرة في 06 مارس سنة 2011.

7. القانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير جر 52 مؤرخة في 1990/12/02 المعدل بموجب 04-05 المؤرخ في 14 أغسطس 2004.

8. القانون 08/04 المؤرخ في 18 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر عدد 52 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2004.

ب-النصوص التنظيمية:

-المراسيم التنفيذية:

1. المرسوم التنفيذي 91/06 المتعلق بكيفيات اشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول الغير المنقولة المؤرخ في 20 فيفري2006 ج ر عدد 10 بتاريخ 26 فيفري2006.

2. المرسوم التنفيذي 414/95 المؤرخ في 1995/12/09، المتعلق بإلزامية التأمين في مجال البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، ج ر رقم 76، الصادرة بتاريخ 1995/12/10.

3. المرسوم التنفيذي 97-406 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر عدد 73 المؤرخة في1997/11/05.

4. المرسوم التنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 15 صفر 1435 الموافق 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، ج ر 66 الصادرة بتاريخ 2013.

5. المرسوم التنفيذي رقم 14-180 المؤرخ في 05 يونيو 2014 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 97-406.

6. مرسوم التنفيذي رقم 05-473 المؤرخ في 13 ديسمبر 2005 المحدد لشروط تنظيم نشاطات مساعدي نقل البضائع عبر الطرقات وكيفيات ممارستها، ج ر عدد 81 ل 14 ديسمبر 2005.

7. مرسوم تنفيذي رقم 90/06 المؤرخ في 20 فيفري المتعلق بإشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

8. مرسوم تنفيذي رقم 91/06 المؤرخ في 20 فيفري المتعلق بإشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، ج ر، عدد 10، الصادرة بتاريخ 26 فيفري 2006. المؤرخ في 03نوفمبر 1997 والمتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

9. مرسوم تنفيذي رقم 243/19 المؤرخ في 8 سبتمبر سنة 2019 الذي يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ج ر عدد 55، صادرة بتاريخ 15 سبتمبر 2019.

10. مرسـوم تنفيذي رقم 231-94 المؤرخ في 27 جوان 1994 المحدد لشـروط ممارسـة مهنتي وسـيط الشـحن ووكيل نقل البضـائع وكيفياتها، ج ر عدد 50 لتاريخ 30 أوت 1994.

11. المرسـوم رقم 86-38 المؤرخ في 1986/03/04 يحدد شـروط الاكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته، ويضـبط دفتر الشـروط النموذجي والمنوال النموذجي لعقد حفظ الحق، ج ر العدد 10 مؤرخة في 1986/03/05.

-الأنظمة:

1. نظام 06/96 المؤرخ في 03 جويلية 1996 يحدد كيفيات تأسـيس شـركات الاعـتـمـاد الإيـجـاري وشـروط اعـتـمـادهـا، ج ر عـدد66 الصـادرة بتاريخ03 نوفمبر 1996.

فهرس المحتويات

مقدمة.....7

الفصل الأول

عقـــد الاعتـماد الإيجاري

تمهيد 11

1-نشأة عقد الاعتماد الإيجاري وتطوره التاريخي.....12

2-تعريف عقد الاعتماد الإيجاري 15

3-خصائص عقد الاعتماد الإيجاري 20

4-انعقاد عقد الاعتماد الإيجاري.....23

5-الشروط الشكلية في عقد الاعتماد الإيجاري.....26

6-صور عقد الاعتماد الإيجاري 43

7-آثار عقد الاعتماد الإيجاري و انقضاؤه.....51

8-انقضاء عقد الاعتماد الإيجاري (الفسخ والانفساخ).....57

الفصل الثاني

عقــد الوكـالة بالعمولـة للنقـل

تمهيد 65

أولا: تعريف عقد الوكالة بعمولة..... 66

ثانيا: خصائص عقد الوكالة بعمولة للنقل..... 69

1-عقد الوكالة بعمولة للنقل عقد رضائي 69

2-عقد الوكالة بعمولة للنقل عقد تجاري..... 70

3-عقد الوكالة بالعمولة عقد معاوضة 71

4-قيام عقد الوكالة بعمولة على الاعتبار الشخصي في شخص الوكيل بعمولة..... 71

5-تعاقد الوكيل بعمولة باسمه الشخصي ولحساب موكله:..... 72

6-استقلالية الوكيل بالعمولة في القيام بمهامه 72

ثالثا: آثار عقد الوكالة بعمولة لنقل الأشياء..... 72

1-التزامات الوكيل بالعمولة لنقل الأشياء 73

2-التزامات الموكل (المرسل) في عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشياء..... 77

رابعا: ضمانات الوكيل بعمولة لنقل الأشياء 78

1-حق الحبس كضمانة للوكيل بالعمولة لنقل الأشياء 78

2-حق الامتياز كضمانة للوكيل بالعمولة لنقل الأشياء..... 81

3-تضامن الموكلون في حالة التعدد 84

خامسا: مسؤولية الوكيل بعمولة لنقل الأشياء 85

سادسا: العلاقات الناشئة عن عقد الوكالة بعمولة 87

1-علاقة الموكل (المرسل) بالناقل 87

2-علاقة الوكيل بالعمولة والغير (المتعاقد) 88

سابعا: عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص 88

1-الإعفاء من المسؤولية 89

ثامنا: مسؤولية الوكيل بالعمولة للنقل في حالة النقل المتعاقب 90

الفصل الثالث

الكفالــة المصرفيــة

تمهيد 93

أولا: تعريف الكفالة المصرفية 94

1-التعريف اللغوي 94

2-الكفالة اصطلاحا 95

3-الكفالة شرعا 95

4-التعريف الفقهي 95

5-التعريف التشريعي 97

ثانيا: خصائص عقد الكفالة المصرفية 101

1-الطابع التجاري للكفالة البنكية 101

2-الطابع التبعي للكفالة البنكية (خاصية التبعية).....101

3-موضوع التزام الكفيل (البنك) في عقد الكفالة هو نفسه موضوع التزام المدين الأصلي.....104

4-الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد.....105

5-الاعتبار الشخصي في الكفالة المصرفية.....106

6-الرضائية في عقد الكفالة المصرفية.....106

ثالثا: نطاق الكفالة المصرفية.....107

1-حدود التزام البنك في الكفالة المصرفية.....107

2-نطاق التزام الكفيل يتحدد بالالتزام الأصلي.....108

3-قاعدة الاستقلالية في خطاب الضمان واستثناءاتها.....112

4-المقصود بقاعدة الاستقلالية في خطاب الضمان.....113

رابعا: العلاقات الناشئة عن الكفالة المصرفية.....114

1-التزامات البنك الكفيل.....114

2-التزامات الدائن.....115

خامسا: صور الكفالة المصرفية.....116

1-الكفالة البنكية بناء على طلب العميل مقيم لفائدة مستفيد غير مقيم.....116

2-الكفالة البنكية بناء على طلب عميل غير مقيم لفائدة مستفيد مقيم.....116

3-الكفالة المصرفية من حيث نوع الغطاء.....117

4-الكفالة المصرفية في مجال المناقصات 117

سادسا: انقضاء الكفالة المصرفية.....118

الفصل الرابع

عقــد الترقيــة العقــارية

تمهيد 123

أولا: تعريف الترقية العقارية.....126

ثانيا: الشروط العامة لممارسة مهنة المرقي العقاري.....128

ثالثا: تعريف عقد البيع بناء على التصاميم 144

رابعا: خصائص عقد البيع على التصاميم طبقا للقواعد العامة 145

خامسا: التزامات المرقي العقاري قبل استلام المقتني للعقار 147

1-الالتزام بالإعلام النزيه والإشهار عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار 148

2-الحصول على ترخيص إداري.....150

3-احترام مخططات التهيئة والعمران.....150

4-الاستعانة بخدمات مقاول 151

5-الإعلام بالأسعار 151

6-الالتزام بالإنجاز والمطابقة 152

7-الالتزام بنقل الملكية والتسليم 154

8-الالتزام بإدارة العقار المنجز وتسليم نظام الأجزاء المشتركة.....157

9-الالتزام بالضمان 158

10-إلتزام المرقي العقاري باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.159

سادسا: المسؤولية العشرية للمرقي العقاري بموجب القانون رقم 11/04.....167

سابعا: التأمين على المسؤولية المدنية والمهنية للمرقي العقاري 169

ثامنا: جزاء إخلال المرقي العقاري بالتزاماته في عقد البيع بناء على تصاميم 171

تاسعا: تعريف عقد حفظ الحق 173

1-خصائص عقد حفظ الحق.....177

2-غياب دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة مقارنة بدوره في عقد البيع على التصاميم.....181

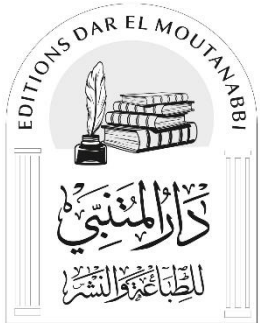
3-التزامات المرقي العقاري في عقد حفظ الحق 182

4-التزامات صاحب حفظ الحق 184

خاتمة.....185

قائمة المراجع.....187

فهرس المحتويات.....199


EDITIONS DAR EL MOUTANABBI
دار المتنبي
للطباعة والنشر