

الجهة المنظمة: جامعة 20أوت1955- سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية (قسم الحقوق)

الاسم واللقب: وسيلة مقيح

الرتبة العلمية: أستاذة محاضرة -ب-

التخصص الدقيق: عقود مدنية(قانون خاص)

المؤسسة الأصلية: جامعة 20أوت 1955- سكيكدة-

رقم الهاتف:0555932089

البريد الإلكتروني: w.assila2009@hotmail.fr

لا تتطلب المداخلة استخدام جهاز العرض الضوئي

المحور الأول: التحولات التشريعية للترقية العقارية والعقود المتعلقة بالترقية العقارية

عنوان المداخلة: الإشكالات القانونية والتحديات العملية التي يثيرها عقد حفظ الحق في التشريع الجزائري

تمهيد:

في ظل تفاقم واستمرار أزمة السكن في الجزائر، وجد المشرع الجزائري نفسه ملزما بمواكبة التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدها سوق الترقية العقارية، مما دفعه لإيجاد آليات قانونية تتسم بأكثر قدر من المرونة والفعالية في تنظيم هذا المجال، فالى جانب عقد البيع التقليدي الذي يعد الصيغة القانونية المعتادة لنقل الملكية العقارية، اتجه المشرع إلى تنوع أنماط التعاقد واستحداث تقنيات جديدة مستوحاة من التشريع الفرنسي.

حيث اعتمد في هذا الصدد على نموذج التعامل بالعقار المقرر بناؤه في المستقبل أو الذي يكون في طور البناء بوصفه صيغة تسمح ببيع العقار قبل بناؤه أو قبل إتمام بنائه، وذلك بهدف تمويل المشاريع العقارية وتوسيع فرص التملك، وذلك من خلال تنظيمه لأحكام عقد حفظ الحق، البيع على التصاميم والبيع بالإيجار(الإيجار التملكي). ولقد مثلت هذه الأنماط التعاقدية انتقالا من الصيغ التقليدية الجامدة إلى صيغ أكثر ديناميكية، توفر مرونة أكبر في إنجاز المشاريع العقارية، مع محاولة إرساء توازن بين متطلبات تمويل المرقى العقاري وضمانات حماية المكتتب، وهكذا انتقل المشرع من الاعتماد الحصري على البيع النهائي إلى إقرار صيغ تعاقدية مرحلية وتمهيدية تجمع بين الطابع المالي والتعاقدي، وتوفر مرونة أكبر في إنجاز المشاريع العقارية.

ونظرا لخصوصية عقد حفظ الحق الناجمة عن كونه يرد على حجز عقار غير موجود وقت التعاقد، وأيضا لعدم تنظيم المشرع لأحكامه في القانون المدني، بالإضافة إلى أنه قد تم الإشارة إليه في " الأمر رقم 76-92 المتعلق

بالتعاون العقاري¹ ثم تم النص عليه صراحة في " القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية "²، ليتم إغاؤه بعد ذلك بموجب " المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري "³، ثم أعيد العمل به من جديد بموجب " القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية "⁴.

ولكونه يثير العديد من الإشكالات القانونية والتحديات العملية، نتيجة القصور التشريعي، لاسيما في ظل غياب نصوص صريحة وواضحة ودقيقة تنظمه وتحدد طبيعته القانونية وآثاره على الأطراف المتعاقدة، مما أفرز فراغا تشريعيا انعكس سلبا على استقرار المعاملات العقارية وحماية حقوق كل من المرقي العقاري والمكاتب.

فإنه كان لا بد من الوقوف على الإشكالات القانونية والتحديات العملية التي يثيرها تطبيق عقد حفظ الحق مقارنة بما هو منصوص عليه في التشريع الجزائري، وذلك من خلال تركيز الدراسة على الإجابة عن الإشكالية الآتية:

ما هي الإشكالات القانونية والتحديات العملية التي يثيرها عقد حفظ الحق في بيوع الترقية العقارية في ظل القصور التشريعي الجزائري، وكيف يمكن معالجتها بما يضمن تحقيق الأمن القانوني واستقرار المعاملات العقارية؟ تستلزم هذه الإشكالية تحديد الإشكالات القانونية والتحديات العملية التي يثيرها عقد حفظ الحق، بسبب التنظيم القانوني له الذي يعاني من قصور تشريعي، وذلك من خلال رصد مختلف التساؤلات التي تثار في نطاقه، والتي تكون مترتبة عن:

1- عدم التكيف القانوني لعقد حفظ الحق - أي عدم تحديده طبيعته القانونية عند تعريفه، هل هو:

- وعد بالبيع؟

- أم عقد ذو طبيعة خاصة؟

2- عدم تحديد الطبيعة القانونية لمبلغ التسبيق (مبلغ الحجز):

- جزء من الثمن؟

- وديعة ضمان؟

¹ - الأمر 76-92 المؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق لـ 23 أكتوبر 1976، المتعلق بتنظيم التعاون العقاري، ج.ر.ج. عدد 12 ، الصادرة بتاريخ 19 فيفري 1977. (الملغى بموجب نص المادة 80 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية).

² - القانون رقم 86-07، المؤرخ في 04 مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، ج.ر.ج. عدد 10، الصادرة بتاريخ 05 مارس 1986. (الملغى بموجب نص المادة 30 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري) .

³ - المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 07 رمضان عام 1413 الموافق لـ 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر.ج. عدد 14، الصادرة بتاريخ 03 مارس 1993. (الملغى بموجب نص المادة 80 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، باستثناء المادة 27 منه).

⁴ - القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق لـ 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج.ر.ج. عدد 14، الصادرة بتاريخ 06 مارس 2011.

3- موقع عقد حفظ الحق داخل منظومة عقود الترقية العقارية؛

4- التناقض الذي وقع فيه المشرع بخصوص اشتراط الشكل الرسمي في تكوين العقد؛

5- عدم إقرار المشرع بموجب نص قانوني صريح إمكانية إجبار المرقي العقاري على إبرام العقد النهائي من طرف المكتب(صاحب حفظ الحق)؛

6- محدودية الضمانات خاصة في حالة عدم إنجاز أو إنهاء المشروع؛

7- نسبية توافق عقد حفظ الحق مع قواعد حماية المستهلك العقاري، خاصة فيما يتعلق بتوازن العلاقة التعاقدية؛

8- عدم إلزام صاحب حفظ الحق بشراء العقار المحجوز.

يجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن محاور موضوع الدراسة تستند إلى هذه الأسباب، بالنظر إلى ما تنطوي عليه من إشكالات قانونية وتحديات عملية يطرحها عقد حفظ الحق، سواء من حيث تنظيمه القانوني أو من حيث تطبيقه ضمن الواقع العملي في مجال الترقية العقارية.

وتعتمد هذه الدراسة بصفة أساسية على المنهج التحليلي، باعتباره الأنسب لمعالجة الإشكالية القانونية المطروحة، من خلال تحليل النصوص التشريعية والتنظيمية التي لها صلة بموضوع الدراسة، وذلك بهدف الوقوف على الإطار القانوني المنظم له، وتحديد ما يثيره من إشكالات قانونية وصعوبات تطبيقية في الواقع العملي. كما يتم توظيف المنهج الوصفي بصورة مكملة، لا سيما عند التعرض لبعض المفاهيم ذات الصلة بموضوع الدراسة، وذلك بغرض ضبطها وتأصيلها من خلال عرض مختلف الآراء الفقهية التي تطرقت إليها، بما يسهم في دعم البناء النظري وتحقيق فهم دقيق لجوانب الموضوع.

أولاً- تعريف عقد حفظ الحق:

كما سبق الذكر لقد نص المشرع الجزائري لأول مرة بشكل صريح على عقد حفظ الحق، كتنقية يعتمد عليها في بيوع الترقية العقارية في الفصل السادس من القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، حيث عرفه بموجب " نص المادة 30 منه¹، باعتباره عقدا تمهيديا يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل- أي اعتبره مرحلة تسبق إبرام عقد البيع النهائي للعقار، إلا أنه تم إلغاء العمل به بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، وتم استبداله بعقد البيع على التصاميم، كما تم إلغاء هذا المرسوم بصدور القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، واعترف بمقتضاه من جديد بعقد حفظ الحق، ولكن بشروط جديدة، ولقد عرفه من خلال

¹ - تنص المادة 30 من القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية على أنه: " يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل تحرير عقد حفظ الحق، الذي يحدد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية ".

مضمون نص المادة 27 منه، والذي جاء فيه: " عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنتهائه، 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 "

من خلال نص هذه المادة يتضح بأن المشرع وقع في خلط بين آثار عقد حفظ الحق وعقد البيع النهائي، كون المرقي العقاري في هذا الأخير يلتزم بتسليم العقار لصاحب حفظ الحق فور الانتهاء من البناء - أي الالتزام بالتسليم يعد أثر لعقد البيع النهائي¹. أما عقد حفظ الحق هو عقد غير ناقل للملكية، حيث يعد خطوة تمهيدية لعقد البيع النهائي، الذي يبرم بعد الانتهاء من بناء العقار، ويتم بموجبه تخصيص عقار للمكاتب، وعدم التصرف فيه للغير - أي يبقى هذا الحق محفوظا له إلى حين إبرام عقد البيع النهائي².

إلا أنه بالرجوع إلى " المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم"³، نجد بأنه قد ورد في مضمون ملحق نموذج عقد حفظ الحق أن المرقي العقاري يلتزم بموجبه بتخصيص الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق بغرض اقتنائه عند إتمامه⁴.

¹ - تقضي المادة 167 من القانون المدني بأن: "الالتزامات بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم ". (الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78، الصادر بتاريخ 24 رمضان عام 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر سنة 1975 (معدل ومتمم)).

² - أشار إلى ذلك كل من:

- سميرة لالوش: " التنظيم القانوني لعقد حفظ الحق وخصوصيته في مجال البيوع العقارية "، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر - بسكرة(الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 14، العدد 01، الصادرة بتاريخ 30 مارس 2022، ص 238 .

- عز الدين زوبة: خصوصية بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني الموسوم ب: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي 17 و18 فيفري 2013، المنظم من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر - بسكرة(الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، عدد تجريبي، ص 55 .

³ - المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر عام 1435 الموافق لـ 18 ديسمبر سنة 2013، المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، ج.ر.ج. عدد 66، الصادرة بتاريخ 25 ديسمبر 2013 .

⁴ - هذا ما ورد في البنود المتعلقة بموضوع العقد المذكور في نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي المذكور أعلاه، حيث جاء فيه: " يلتزم المرقي العقاري بموجب عقد حفظ الحق هذا، بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء، الذي تم وصفه أدناه، بغرض اقتنائه عند إتمامه، مقابل دفع تسبيق من طرف صاحب حفظ الحق في الحساب رقم... مفتوح باسم صاحب حفظ الحق لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ".

يبدو لنا أن الصياغة المعتمدة في هذا الأخير أصح من الصياغة الأولى، إلا أننا نرى بأن عقد حفظ الحق يكون له دور فعال في ضمان الحماية اللازمة لصاحب حفظ الحق في حالة لو أن المشرع ألزم المرقى العقاري بموجبه بتخصيص- أي تحديد الموقع الدقيق للبناء أو جزء من البناء موضوع عقد حفظ الحق، وبجز الملك العقاري المقرر بناؤه أو الذي يكون في طور البناء إلى غاية تملكه وتسليمه له.

كما أعيب على المشرع عدم اشتراط أن يتضمن عقد حفظ الحق بند مفاده أن إنجاز المشروع يتوقف على بلوغ معدل معين من الحجوز، مع إمكانية فسخ العقد بقوة القانون- أي يسقط حق الحجز لصاحب حفظ الحق في حالة عدم تحقق هذا الشرط.

ومن هذا المنطلق يتبين لنا أن التعريف الدقيق لعقد حفظ الحق يتمثل في كونه: عقد تمهيدي، يبرم بين مرقى عقاري ومكتب (المشتري المستقبلي)، والذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا يبدي من خلاله رغبته الجدية في اقتناء وحدة عقارية معينة من بين الوحدات العقارية المقرر بناؤها أو التي تكون في طور البناء، حيث تخصص له بموجب هذا العقد على سبيل الحجز المؤقت، وذلك مقابل التزام هذا الأخير بإيداع مبلغ التسبيق في حساب مفتوح باسمه لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية على مستوى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، دون أن يرتب هذا العقد نقلا للملكية أو أثرا عينيا، حيث ينشئ التزاما بحفظ العقار المحجوز من طرف المرقى لمدة محددة، في انتظار توفر الشروط القانونية والشكلية اللازمة لإبرام عقد البيع النهائي بشكل رسمي، ولا يكون له أي أثر من الناحية القانونية في حالة عدم بلوغ معدل معين من الحجوز.

ثانيا- الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق:

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يقدم تعريفا دقيقا لعقد حفظ الحق، لأن التعريف الذي قدمه بموجب نص المادة 27 من القانون رقم 11-04 يعتبره اللبس، حيث اقتصر على تحديد الالتزامات الملقة على عاتق طرفيه (المرقى العقاري والمكتب)، مما أدى إلى قيام جدل واسع بشأن طبيعته القانونية هل هو عقد تمهيدي في صورة وعد بالبيع أم وعد بالتفضيل أم عقد من نوع خاص؟

فلقد تباينت المواقف بين اتجاه يرى بأن المشرع اعتبره وعد بالبيع، واستندوا في ذلك على نص المادة 31 من القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية(الملغى)، الذي جاء فيه بأنه: " خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن تنظيم التوثيق، وأحكام المادة 71 من القانون المدني، يجرر العقد التمهيدي المسمى "عقد حفظ الحق" في شكل عقد عرفي ويخضع لإجراء التسجيل"، حيث يتضح من نص هذه المادة أن المشرع حسم في مسألة الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق، واعتبره وعدا بالبيع، وهذا ما يستنبط من خلال إشارته

إلى لنص المادة 71 من القانون المدني التي تنظم أحكام الوعد بالتعاقد¹، في حين سكت عن تحديد طبيعته بموجب القانون رقم 11-04، وبالرغم من ذلك اعتبره بعض الفقهاء وعد بالبيع، يلتزم فيه الواعد وهو المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو الذي يكون في طور البناء للموعد له وهو صاحب حفظ الحق فور الانتهاء من بنائه، مقابل التزام هذا الأخير بدفع تسبيق في حساب مفتوح باسمه لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية². إلا أنه تم انتقاد هذا الرأي كون الوعد بالبيع وفقا لنص المادة 71 من القانون المدني لا يكون له أثر إلا إذا عينت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، في حين أنه في عقد حفظ الحق يكون تحديد السعر والأجل بشكل تقديري وليس نهائي، كما أن الوعد بالبيع أصبح بموجب " القانون رقم 03-22 المؤرخ في 25 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 "³ يشهر في المحافظة العقارية⁴، وهذا خلافا لعقد حفظ الحق الذي أعفاه المشرع من الإشهار العقاري بموجب مضمون ملحق نموذج عقد حفظ الحق الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 13-431⁵، كونه لا يرتب إلا حقوق شخصية (حق الأولوية) ولا ينقل ملكية العقار المقرر بناؤه، كما لا يلتزم الموعد له في الوعد بالبيع بتقديم مبلغ تسبيق للواعد⁶.

- ¹ - تنص المادة 71 من القانون المدني على أن: "الاتفاق الذي يعد له كل المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد " .
- ² - عز الدين زوية: المرجع السابق، ص 56 . نقلا عن شعبان عياشي: عقد بيع العقار بناء على التصاميم (دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والجزائري)، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة منتوري- قسنطينة(الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية(2011-2012)، ص 96 .
- ³ - القانون رقم 03-22 المؤرخ في 04 ذي القعدة عام 1424 الموافق لـ 28 ديسمبر 2003، المتضمن قانون المالية لسنة 2004، ج.ر.ج.ج عدد 83، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 2003.
- ⁴ - ارجع إلى نص البند الأول من المادة 353-2 المذكورة في القسم الأول المعنون ب: الإجراءات الخاضعة للرسم من الباب الثالث عشر مكرر المعنون ب:رسم الإشهار العقاري الوارد في القانون رقم 03-22 المذكور أعلاه.
- ⁵ - ورد في مضمون البند المتعلق بالتسجيل المذكور في مضمون ملحق نموذج عقد حفظ الحق الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 بأن: "يخضع عقد حفظ الحق هذا للتسجيل، طبقا لأحكام قانون الطابع والتسجيل، وهو معفى من التزام الإشهار العقاري " .
- ⁶ - أشار إلى ذلك كل من:
 - إسكندر بن العلمي ونجاة بوساحة: " فعالية عقد حفظ الحق في حماية التوقيع المشروع "، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي(الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية بالجزائر، المجلد 08، العدد 03، الصادرة بتاريخ ديسمبر 2024 ، ص 435 .
 - سميرة لالوش: المرجع السابق، ص 240-241 .
 - محمد لخضاري ونجيب بوراس: "عقد حفظ الحق(دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي)"، مجلة الحوار المتوسطي، مخبر البحوث والدراسات الاستشراقية في حضارة المغرب الإسلامي، جامعة الجليلي ليايس- سيدي بلعباس (الجزائر)، المجلد 11، العدد 01، الصادرة بتاريخ مارس 2020، ص 370 .

كما يرى بعض الفقهاء بأن عقد حفظ الحق هو وعد بالتفضيل، حيث يتميز كلا العقدان بميزة واحد، وهي أن المرقى العقاري أو الواعد لا يلتزمان بصفة مطلقة بالبيع، بل يقع على عاتقهما عرض ملكية الشيء المراد بيعه على المستفيد إذا ما قررا البيع، فكلاهما يمنح أفضلية للمستفيد على الغير من العرض المقدم¹.
ولقد تم توجيه عدة انتقادات لهذا الرأي، ومن بينها أن المحجوز له ملزم بدفع تسبيق، في حين لا وجود لمثل هذا الالتزام في الوعد بالتفضيل، وأن الثمن في عقد حفظ الحق يكون بصورة أولية ويتم مراجعته عند إبرام العقد النهائي، على خلاف الوعد بالتفضيل فعادة يترك الثمن إلى حين ما قرر الواعد البيع².

أمام هذه الانتقادات التي وجهت إلى التكييفات السابقة، حاول بعض الفقهاء إيجاد تكييفاً مناسباً يراعي خصوصية هذا العقد، حيث اعتبروا أنه عقد ذو طبيعة خاصة، وذلك لاستحالة وضعه ضمن تصنيف قانوني قائم، وهذا نظراً لطبيعة الالتزامات الناشئة عنه، وأيضاً لأن مضمونه وخصوصيته لا يسمحان بأن تطبق عليه نظام قانوني مشابه، وهو ملزم لجانبين، حيث يلتزم المرقى العقاري بحجز العقار لفائدة صاحب الحق، ويلتزم هذا الأخير بدفع مبلغ التسبيق، إضافة إلى أنه يخضع لأحكام خاصة³.

من هذا المنطلق نرى بأن عدم تحديد المشرع للطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق يترتب عنه تضارب الاجتهادات القضائية، لأن الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية يؤدي إلى الاختلاف في تحديد الآثار القانونية للعقد والقواعد الخاصة بالتنفيذ في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، كما يمكن أن تستغل هذه الثغرة القانونية من طرف المرقين العقاريين، لأنها تجعلهم غير ملزمون بشكل صارم، وتتيح لهم إمكانية التراجع عن التعاقد - أي أن ذلك يؤدي إلى فتح باب التحايل من طرف المرقين العقاريين وضياع حقوق المكتسبين، مما يستوجب تدخلاً تشريعياً لتوضيح طبيعة هذا العقد وتحديد آثاره القانونية.

¹ - للتفصيل أكثر ارجع إلى كل من:

- إسكندر بن العلمي ونجاة بوساحة: المرجع السابق، ص 436 .
- سميرة لالوش: المرجع السابق، ص 241-242 .
- محمد لخضاري ونجيبية بوراس: المرجع السابق، ص 370-371 .

² - للتفصيل أكثر ارجع إلى كل من:

- إسكندر بن العلمي ونجاة بوساحة: المرجع السابق، ص 436 .
- سميرة لالوش: المرجع السابق، ص 241-242 .
- محمد لخضاري ونجيبية بوراس: المرجع السابق، ص 371 .

³ - ارجع في ذلك إلى كل من:

- سميرة لالوش: المرجع السابق، ص 242 .
- محمد لخضاري ونجيبية بوراس: المرجع السابق، ص 371-372 .

ثالثا- الأهمية العملية لعقد حفظ الحق:

تبرز الأهمية العملية لعقد حفظ الحق في كونه يجنب المرقى العقاري الذي يعتبر تاجرا ونشاطه تجاري خطر الخوض في مشروع فاشل يمكن أن يتسبب في إفلاسه، حيث أنه يتيح له إمكانية جس نبض السوق العقارية، فمن خلاله يمكنه أن يعرف مدى تقبل مشروعه الإسكاني، وذلك من خلال عدد الأشخاص الذين أبرموا عقود حفظ الحق معه هذا من جهة. ومن جهة أخرى الكثير من المرقين العقاريين الخواص في الغالب يعجزون عن تمويل مشاريعهم من أموالهم الخاصة، لهذا يعد هذا العقد ضمانا لتعبئة الموارد المالية من طرف المؤسسات المصرفية، عن طريق القروض البنكية¹، حيث يمكن لهم استخدام نسبة الحجز في التفاوض مع البنوك، لإظهار جدوى المشروع وتسهيل التمويل، خاصة وأن المشرع أصبح يمنعهم من إبرام عقد البيع على التصاميم إذا اضطر إلى استعمال قروض عقارية لتمويل البناء - أي لتمويل أرضية البناء (الوعاء العقاري) أو لإنجاز مشروعه العقاري، وهذا بموجب نص المادة 36 من القانون رقم 11- 04، وأيضا إذا كانت القطعة الأرضية التي يتم إنجاز المشروع العقاري عليها مرهونة (هذا ما ورد في البنود المتعلقة بتصريح البائع المذكور في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431).

كما يمكن أن يلجأ المرقين العقاريين لهذا العقد بالرغم من أن إمكانياتهم المادية تسمح لهم بتمويل مشاريعهم من أموالهم الخاصة دون حاجة إلى أموال المشتريين أو القروض البنكية، حيث يمكن لهم قبل أو خلال إنجاز مشروعهم العقاري أن يقوموا بإبرام عقود حفظ الحق وتخصيص السكنات لطالبي حفظ الحق، وبمجرد إتمام البناء يقومون مباشرة بإبرام عقود البيع النهائية معهم وفقا للشروط والإجراءات القانونية، وهذا ما يسمح لهم باكتساب الوقت الذي كان سيضيع لو أنهم لم يخصص العقارات التي في طور البناء لفائدة طالبي حفظ الحق².

إلا أنه باستثناء هذه الميزات التي يمكن أن يستفيد منها المرقين العقاريين في حالة الاعتماد على عقد حفظ الحق فلا نرى له أية فائدة عملية خاصة إذا قاموا برهن الوعاء العقارية- أي الأرضية التي يتم إنجاز المشروع العقاري عليها، من أجل الحصول على قرض عقاري لتمويل مشاريعهم، فمن جهة غالبا لا يمكنهم تسديد القرض إلا إذا تمكنوا من بيع معظم البنايات التي تم تشييدها، ومن جهة أخرى لا يمكنهم إبرام عقود البيع النهائية إلا بعد سداد قيمة القرض، لتبرئة الأرضية من الرهن³.

¹ - محمد بن عامر: "عقد حفظ الحق ك تقنية للترقية العقارية"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس- المدينة(الجزائر)، مخبر السيادة والعولمة، المجلد 03، العدد 02، الجزء 03، الصادرة بتاريخ جوان 2017، ص 07-08.

² - علي سنوسي: "مدى فعالية البيع عن طريق عقد حفظ الحق وجزاءات إخلال المرقى العقاري بالتزاماته- دراسة تطبيقية على ضوء القانون 11-04 -"، مجلة التعمير والبناء، جامعة ابن خلدون- تيارت(الجزائر)-، المجلد 03، العدد 02، العدد التسلسلي 10، الصادرة بتاريخ جوان 2019، ص 96.

³ - المرجع نفسه، نفس الموضوع.

كما أنه يمكن للمرقي العقاري أن يتحصل على العقار اللازم لإنجاز مشروع ترقية عقارية عن طريق عقد امتياز، وهو عقد تمنح الدولة بموجبه للمرقي، ولفترة زمنية محددة، حق الانتفاع بعقار من الأملاك الخاصة للدولة، لاستعماله في إنجاز مشروع ترقية عقارية، غالبا ذي طابع تجاري¹.

وفي إطار تمويل المشروع، قد يلجأ المرقي إلى الاقتراض من مؤسسات مالية، بالإضافة إلى إبرام عقود حفظ الحق مع المكتتبين، إلى حين استكمال الأشغال وإبرام عقد البيع النهائي، وبعد إتمام إنجاز المشروع، يقوم المرقي العقاري باتخاذ الإجراءات اللازمة لتحويل عقد الامتياز إلى عقد تنازل نهائي، يسمح له بامتلاك العقار بصفة دائمة².

ولتحقيق هذا التحويل، يلزم القانون المرقي بما يلي:

- إنجاز المشروع طبقاً لمقتضيات دفتر الشروط الملحق بعقد الامتياز، والحصول على شهادة

المطابقة، التي تؤكد احترام المشروع للمواصفات التقنية والقانونية المعتمدة³؛

- خلو العقار من أية رهون أو حقوق تقييدية⁴.

وعليه فإن عدم منح شهادة المطابقة لا يقتصر أثره على تعطيل عملية التنازل فحسب، بل يمتد إلى إضعاف

الضمانات القانونية للدائنين، ويمس بسلامة الرهن العقاري وفعالته كوسيلة ائتمانية، بالنظر إلى فقدان المرهون لصفة المشروعية القانونية اللازمة للتصرف فيه أو التنفيذ عليه.

بالإضافة إلى ذلك يمكن أن تتوافر جميع شروط تحويل عقد الامتياز إلى عقد تنازل نهائي، إلا أن المرقي العقاري

يكون عاجزا عن دفع القيمة التجارية للأرضية محل عقد الامتياز بعد أن يقوم بانجاز مشروعه، بما يحول دون إجراء التنازل.

¹ - ارجع إلى المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 15-281 المؤرخ في 12 محرم عام 1437 الموافق لـ 26 أكتوبر 2015، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، ج.ر.ج. عدد 58، الصادرة بتاريخ 04 نوفمبر 2015 .

² - ارجع إلى نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 15-281 المذكور أعلاه.

³ - ارجع إلى نص المادة 09 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه.

⁴ - لقد اشترط خلو العقار من أية رهون أو ديون أو حقوق تقييدية في الفقرة الثانية من البند المتعلق بشروط تحويل الامتياز إلى التنازل، الوارد في المذكرة رقم 3760 المؤرخ في 29 مارس 2016، المتضمنة منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، حيث جاء فيها بأنه: "بعد موافقة اللجنة التقنية الولائية على طلب تحويل الامتياز إلى تنازل، تشرع مصالحكم مباشرة في إعداد العقد الإداري المكرس لعملية تحويل الامتياز إلى تنازل، مع التأكد المسبق لدى مصالح المحافظة العقارية لما لا يتعلق الأمر بعملية البيع على التصاميم بأن القطعة الأرضية غير مثقلة برهن مقابل تحصل المرقي على قروض بنكية لتمويل المشروع، مما يقتضي في حالة وجود رهن مطلوبة المرقي التكفل به أولاً قبل عملية التحويل".

وفي حال وجود رهن عقاري مسجل على العقار محل الامتياز، يتعين على المرقي العقاري تسويته بصفة نهائية قبل إتمام إجراءات تحويل الامتياز إلى عقد تنازل، ولا يتحقق ذلك إلا بعد تسوية الدين بكامله أو الحصول على رفع رسمي للرهن، وهو ما يشكل عائقاً قانونياً أمام إتمام إجراءات التنازل ونقل الملكية، لعجزه عن تسويتها في الغالب¹. وفي هذه الحالة يكون المرقي العقاري في وضعية قانونية تمنعه من إبرام عقد البيع النهائي مع المكتبتين، لعدم قدرته على نقل ملكية عقار لا يملكه أصلاً، وأيضاً لعجزه عن تسوية وضعية الرهن القائم عليه.

من ثم قد يجد المرقي العقاري نفسه محاصراً في حلقة مفرغة من الالتزامات المالية والإجرائية، حيث يصبح عاجزاً عن إبرام عقد البيع النهائي دون رفع الرهن، ولا يمكنه سداد القرض دون بيع العقارات، مما قد يفضي به إلى أزمة مالية خانقة، هذا الواقع العملي هو ما يدفع العديد من المرقين العقاريين إلى تجنب العمل بعقد حفظ الحق، نظراً لما يطرحه من تعقيدات مالية وقانونية في غياب تأطير تشريعي واضح.

أما بالنسبة لصاحب حفظ الحق، فإن هذا العقد يمكنه كما سبق الذكر من حجز حقه في تملك بناية أو جزء من بناية ضمن المشروع العقاري المقرر إنجازه، كما يعتبر أداة يستند عليها للتأكد من مدى التطابق ما بين الالتزامات التي أخذها المرقي العقاري على عاتقه مع مضمون عقد البيع النهائي².

رابعاً- الطبيعة القانونية لمبلغ التسبيق الذي يلتزم صاحب حفظ الحق بإيداعه في حساب خاص باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة التبادلية:

لم يحدد المشرع بشكل صريح الطبيعة القانونية لمبلغ التسبيق الذي يلتزم صاحب حفظ الحق بإيداعه في حساب خاص باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة التبادلية، هل يشكل وديعة ضمان أم جزء من السعر التقديري للعقار المحجوز؟ خاصة وأنه ليس بالضرورة أن تكون وديعة الضمان جزء من الثمن، ففي هذه الحالة مبلغ التسبيق لا يحتسب مع السعر النهائي الذي يلتزم المكتتب (المشتري) بدفعه عند إبرام عقد البيع، لأنه لا يدفع في هذه الحالة لتمويل المشروع بل لضمان حسن النية وجدية المكتتب في إبرام عقد البيع النهائي. أما إذا اعتبرت جزء من الثمن، فإنها تحتسب مع السعر النهائي³.

حيث أنه عند استقراء البنود المتعلقة بنقل الملكية وإعداد عقد البيع المذكور في نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 نفهم بأنه اعتبره جزء من الثمن، لأنه جاء فيه: يتم نقل ملكية الملك موضوع حفظ الحق هذا بمجرد التوقيع المشترك لعقد البيع النهائي أمام الموثق مقابل دفع المبلغ المتبقي للبيع.

¹ - أشار إلى ذلك إسكندر بن العلمي ونجاة بوساحة: المرجع السابق، ص 447 .

² - محمد بن عامر: المرجع السابق، ص 12 .

³ - فريق تحرير فنديتق سوق: مقارنة العريون والدفعة المقدمة: الممارسات الإسلامية مقابل التقليدية، منشور على الرابط الآتي:

<https://fundingsouq.com/ae/ar/blog/comparing-arbun-and-down-payment-islamic-vs-conventional-practices>

تاريخ النشر (15سبتمبر 2025)، تاريخ الاطلاع (04نوفمبر 2025)، على الساعة (03:57).

لكن عند الرجوع إلى " البند الثاني من المادة 32 من القانون 04-11¹ نجد المشرع قد أقر بأنه في حالة إذا طلب صاحب حفظ الحق فسخ العقد يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع نسبته 15% من مبلغ التسبيق المدفوع، وبهذا يتضح أن هذا الأخير يعد وديعة ضمان.

فمن خلال القراءة الموحدة لما ورد فيهما يمكننا القول بأن مبلغ التسبيق في عقد حفظ الحق هو وديعة ضمان ذات طبيعة خاصة، لا تعتبر جزءا من الثمن إلا بعد إبرام العقد النهائي.

خامسا- تجميد مبلغ التسبيق الذي يقوم صاحب حفظ الحق بإيداعه في حساب خاص باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة التبادلية:

اشترط المشرع بموجب الفقرة الثانية من المادة 27 من القانون رقم 04-11 أن يقوم صاحب حفظ الحق بإيداع مبلغ التسبيق المقدر بـ 20% من السعر التقديري للعقار² في حساب مفتوح باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة التبادلية، وباعتبار أن هذا الأخير يعمل كآلية ضمان متابعة وتسيير الحسابات التي تسجل فيها التسبيقات المدفوعة من أصحاب حفظ الحق³، ويعمل وفقا لما ورد في دفتر الشروط المصادق عليه بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالسكن والوزير المكلف بالمالية، والذي يحدد كفيات متابعة هذه الحسابات⁴، كما يعمل وفقا لنظامه الداخلي، فإنه يعتمد على تقنية تجميد هذا المبلغ، ولا يسمح للمرقين العقاريين من استخدام مبالغ التسبيقات في تمويل مشاريعهم، وهذا لضمان استرجاعها من طرف المكتتبين في حال عدم إنجاز أو إتمام المشروع، ومن الناحية العملية يكون ذلك في أحد الحالات الآتية:

¹- تنص المادة 32 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري:

...

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

... "

²- ارجع إلى نص المادة 52 من القانون 04-11 (المذكور أعلاه).

³- ذلك ما يقر به البند الرابع من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 14-180 المؤرخ في 07 شعبان عام 1435 الموافق لـ 05 يونيو سنة 2014، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 02 رجب عام 1418 الموافق لـ 03 نوفمبر سنة 1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج.ر.ج. عدد 37، الصادرة بتاريخ 19 جوان 2014 .

⁴- ارجع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 14-180 (المذكور أعلاه).

- 1- عدم إنجاز المشروع أو توقفه لأسباب تعود إلى المرقى العقاري (كالعجز المالي أو عدم الحصول على التراخيص أو إفلاسه) ؛
 - 2- عدم بلوغ المشروع النسبة الدنيا من الحجوز، التي تسمح بانطلاق الأشغال، مما يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون؛
 - 3- إخلال المرقى بالتزاماته التعاقدية الجوهرية، كما في حالة لو قام بتغيير مواصفات السكن دون موافقة المكتب، أو عدم احترام الآجال المحددة للإنجاز؛
 - 4- إلغاء المشروع لأسباب قانونية أو إدارية، ففي حال رفض السلطات الإدارية الترخيص بالمشروع أو سحب الرخصة، فإن العقد يعد باطلاً أو منعدم الأثر؛
 - 5- فسخ العقد باتفاق الطرفين، حيث أنه قد يتم الاتفاق بين المرقى والمكتب على فسخ العقد بالتراضي، وفي هذه الحالة يمكن استرجاع المبلغ كلياً أو جزئياً حسب ما يتفقان عليه في بنود العقد.
- مما يؤدي إلى جعل عقد حفظ الحق بدون فائدة من الناحية العملية، لهذا يفضل أغلب المرقين الاعتماد على عقد البيع على التصاميم الذي يمكنهم من تغطية عجزهم عن تمويل مشاريعهم من التزام المكتتبين بدفع السعر التقديري على أقساط بالموازاة مع تقدم الأشغال.

سادسا- غياب شكلية واضحة لإبرام العقد يؤثر على الإثبات:

بالرجوع إلى نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 نجد بأن المشرع اشترط الكتابة الرسمية، لأنه اشترط تحريره أمام موثق، كما أخضعه لإجراء التسجيل دون الإشهار العقاري، والجدير بالذكر في هذا الصدد أن المشرع لم يلزم أن يكون عقد حفظ الحق مطابقاً لما ورد في النموذج، مما يجيز أن يكون عرفياً، كما أنه عند الرجوع إلى القانون رقم 11-04 نجد بأنه أجاز أن يكون في شكل عرفي دون خضوعه لإجراء التسجيل لدى مفتشية التسجيل والطابع حتى يكتسب تاريخ ثابت، ويكون له حجة على الغير كما كان معمول به في القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، وذلك بموجب نص المادة 35¹ منه، حيث استثناه من شكل عقد البيع على التصاميم، الذي يستلزم الرسمية وإجراءات التسجيل والإشهار، لأن هذا الأخير عقد ناقل للملكية.

¹- تنص المادة 35 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه: " باستثناء عقد حفظ الحق المنصوص عليه في هذا القانون، فإن كل عقد يكون موضوعه تحويل ملكية بناية أو جزء من بناية ذات استعمال سكني أو مهني وتشمل التزام المكتب بدفع تسبيقات أو إيداع أموال قبل إتمام إنجاز البناية، يجب أن يكتسي، تحت طائلة البطلان شكل عقد البيع على التصاميم ".

على هذا الأساس يجب القول بأن إجازة المشرع أن يكون عقد حفظ الحق في شكل عرفي يترتب عنه أنه لا يثبت أي حق عيني للمكاتب، حيث يكون له حق شخصي ضعيف الحماية¹، إذ يمكن للمرقي أن يبيع نفس الوحدة العقارية لشخصين، وينقل الملكية للمشتري الثاني بسهولة، كما يمكن له أن يدرج فيه شروطا تعسفية، كأن يشترط أن يكون له الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة دون أن يكون للمكاتب الحق في استرداد مبلغ التسبيق.

وبحكم أن التناقض بين النصوص القانونية يجعل التطبيق العملي صعبا، فإننا نرى بأنه لا بد على المشرع من التدخل لإعادة ضبط الأحكام المتعلقة بشكالية عقد حفظ الحق بما يضمن توفير الحماية القانونية الكافية لصاحب حفظ الحق، باعتباره الطرف الضعيف، وذلك باشتراط الشكل الرسمي لانعقاده وإخضاعه لإجراء التسجيل والإشهار (إشهار حق الحجز أو ما يعرف بحق التخصيص الوارد على العقار المقرر بناؤه أو الذي يكون في طور البناء)، لأنه متعلق بالملكية العقارية.

سابعا- انتقال الملكية دون إجراء الإشهار العقاري:

في الأصل يكون لشهر العقد الرسمي أثر فوري، حيث يؤدي إلى انتقال الملكية من تاريخ الشهر في مجموعة البطاقات العقارية، وهذا ما يؤكد " الأمر رقم 74-75 المتضمن أحكام إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري"²، وذلك بموجب مضمون نص المادتين 15 و16 منه .

إلا أنه بالرجوع إلى البند المتعلق بانتقال الملكية وإعداد عقد البيع، نجد بأن المشرع قد خرج عن القاعدة العامة للأثر الفوري لشهر العقد، حيث أنه جعل لهذا الأخير أثر رجعي، وذلك لربطه انتقال ملكية العقار موضوع عقد حفظ الحق بمجرد التوقيع المشترك على عقد البيع النهائي أمام الموثق بشرط الدفع الكلي لسعر البيع³، وبهذا يكون قد جعل

- ¹- يمكننا حصر مضمون الحق الشخصي للمكاتب، المترتب عن إبرام عقد حفظ الحق وفقا للقواعد العامة في:
 - حق الأفضلية أو الأسبقية في التعاقد: حيث يحق للمكاتب أن يُبرم عقد البيع النهائي للوحدة المتفق عليها قبل أي شخص آخر، طالما أوفى بالتزاماته ودفع المبلغ المتفق عليه.
 - حق المطالبة بإبرام العقد النهائي: إذا تعهد المرقي كتابيا بحجز الوحدة لفائدته، يمكن للمكاتب أن يطلب من القضاء إلزام المرقي بإبرام العقد النهائي، متى توفرت الشروط القانونية (رخصة البناء، اكتمال الأشغال، إلخ).
 - حق استرجاع المبلغ المدفوع: فإذا أخل المرقي بالتزامه أو عدل عن المشروع، للمكاتب الحق في استرداد المبلغ الذي دفعه، وربما التعويض عن الأضرار اللاحقة به.
- ²- الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل2 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ج.ج عدد 92، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975 .
- ³- تنص المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المذكور أعلاه بأنه: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية " ، كما نصت المادة 16 من نفس الأمر على أن: " العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " .

لشهر العقد أثر رجعي، مما يتسبب في جعل الملكية تنتقل في تاريخين مختلفين، من وقت العقد بالنسبة لأطرافه ومن وقت الشهر بالنسبة للغير.

ومن وجهة نظرنا لقد أخطأ المشرع عندما ربط انتقال الملكية بالتوقيع المشترك لعقد البيع النهائي، لأن هذا من شأنه أن يسمح للمرقي العقاري بالتحايل، وذلك عن طريق ترتيب حقوق للغير على نفس العقار المحجوز، خاصة مع إمكانية استخراج شهادة سلبية تثبت أن العقار ليس باسم المشتري الأول، وفي هذه الحالة يمكن أن تنتقل الملكية لصاحب عقد البيع النهائي الأسبق في التاريخ، والذي يمكن أن يكون شخص آخر ليس صاحب حفظ الحق، بسبب دفعه مبلغ أكبر.

استنادا إلى ما تقدم فإنه من الضروري أن يعيد المشرع النظر في هذه المسألة، وذلك بتكريس مبدأ إلزامية الشهر العقاري كآلية لنقل الملكية، لما يتمتع به من حجية مطلقة(قاطعة) في إثبات الحقوق العينية وضمان حماية المشتري، لأنه يثبت الملكية بصفة نهائية، ولا يقبل إثبات العكس إلا بالتزوير.

ثامنا- غياب النصوص القانونية التي تنظم مسألة تحديد الثمن النهائي للبيع:

بالرجوع إلى أحكام المادة 52 من القانون رقم 04-11 المتعلق بالترقية العقارية، وإلى المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم¹، يتبين أن الثمن في عقد حفظ الحق يتميز بطابعه التقديري، غير أن المشرع لم يضع آليات ولا ضوابط دقيقة لمراجعتة، وهو ما يشكل قصورا تشريعيا من شأنه أن يفتح المجال أمام نشوء نزاعات بين المتعاقدين، خاصة إذا استغل المرقي العقاري هذا الوضع، لتحقيق مصلحته على حساب المكتتب، وأيضا يؤدي إلى تباين الاجتهادات القضائية بشأن كيفية تحديد الثمن النهائي، كما يؤثر سلبا على استقرار المعاملات العقارية، وهذا ما يقتضي استحداث نص قانوني يعالج هذا الإشكال.

وهذا على خلاف الوضع بالنسبة لعقد البيع على التصاميم، حيث أجاز المشرع مراجعة السعر التقديري، وحدد سقفا لتعديل الثمن قدر بنسبة 20% كحد أقصى من القيمة التعاقدية الأصلية، كما حدد الحالات التي يسمح في نطاقها بذلك²، ومن الناحية العملية غالبا ما يكون ذلك في حالة إذا طرأت تغييرات جوهرية على تصميم

¹ - تنص المادة 52 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه: " في حالة عقد حفظ الحق لبناية أو جزء من بناية، يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري وفقا لأحكام المادة 27 أعلاه، لا يتجاوز عشرين في المائة (20%) من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه بين الطرفين ". كما جاء في مضمون البند المتعلق بالسعر التقدير المذكور في ملحق نموذج عقد حفظ الحق الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 بأن: " السعر التقديري لبيع الملك موضوع عقد حفظ الحق يقدر ب : (بالأرقام وبالأحرف) ...دينار جزائري، باحتساب كل الرسوم، هذا السعر هو المبلغ الذي يلتزم صاحب حفظ الحق بتسديده للمرقي العقاري...".

² - تنص المادة 38 من القانون المذكور أعلاه على أنه: " يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم. كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلا للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب، يجب ذكر كيفية المراجعة .

المشروع، أو على المواد والتجهيزات المتفق عليها، بحيث تؤدي إلى زيادة أو نقصان في تكلفة الإنجاز، وفي هذه الحالة يمكن إعادة النظر في السعر التقديري بما يتناسب مع تلك التعديلات، ومن ذلك أيضا إذا استلزم الأمر ضرورة استبدال مواد البناء المتفق عليها بمواد ذات جودة أعلى، أو حدث ارتفاعا كبيرا في أسعار مواد البناء نتيجة تغيرات اقتصادية أو تقلبات السوق، أو زيادة في أجرة اليد العاملة في حال تغيير العمال.

تاسعا- ضعف الضمانات القانونية للمكاتب في عقد حفظ الحق:

الضمانات في نطاقه محدودة، حيث يفنقر لأي نوع من الضمانات، إلا ما تعلق منها بحق استرداد مبلغ التسبيق المودع لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، لأنه كما سبق الذكر يلتزم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نطاق عقد حفظ الحق بمتابعة وإدارة الحسابات التي تسجل فيها التسبيقات المدفوعة من طرف أصحاب حفظ الحق فقط- أي يقتصر دوره على كونه هيئة ضمان استرداد مبلغ التسبيق لا غير¹، فلا يشمل دوره توفير تغطية شاملة للالتزامات المهنية والتقنية المترتبة على المرقي العقاري، وضمان إتمام الانجاز إلى آخر مرحلة كما هو الحال في عقد البيع على التصاميم، حيث يتمتع الصندوق في حالة سحب الاعتماد من المرقي العقاري بصلاحيات الحل محل المقتنين ومتابعة أشغال إتمام الإنجاز بالتزام مرقي آخر على حساب المرقي المخل بالتزاماته وبدلا عنه، وذلك في حدود الأموال المدفوعة².

كما لا يتضمن عقد حفظ الحق التزام المرقي العقاري بضمان حسن الانجاز، وهذا على خلاف الوضع في عقد البيع على التصاميم، فبحكم أنه يجب أن ينجز العقار محل العقد حسب الشروط المتفق عليها وطبقا للمواصفات التقنية التي ينص عليها قانون التعمير، وهذا لضمان تحقق الغاية المرجوة من اقتناء العقار قصد الانتفاع به، ففي هذه الحالة يتوجب على المشتري أن يؤكد عند تحرير محضر التسليم بأن العقار الذي تسلمه صالحا للاستعمال حسب طبيعته(سكنيا أو تجاريا،مهنيا)، وإذا لاحظ أية مخالفة يجب عليه أن يذكرها ليدونها الموثق كتحفظات في محضر التسليم، حتى يلزم المرقي بإجراء الترميمات والإصلاحات اللازمة، هذا هو مضمون حسن إنجاز البناية، وهذا ما تقر به الفقرة الثالثة من نص المادة26من القانون رقم رقم 04-11، التي تقضي بأنه: " غير أن الحياة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي يتعرض إليها المرقي، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الانجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحدة ".

يجب أن ترتكز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة، باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة (20 %) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية... " .

¹ - ارجع إلى الصفحة11 من المداخلة.

² - ارجع إلى المادة03 من المرسوم التنفيذي رقم 14- 180 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

فموجب هذا الالتزام يلتزم المرقى العقارى بإصلاح العيوب التي يكتشفها المشتري في أنابيب الغاز والمياه، وقنوات الصرف، وكذلك حسن تشغيل عناصر التجهيز، مثل الأبواب، الشبابيك، العداد الكهربائي¹، وكذلك الأجهزة الميكانيكية والكهربائية التي يتم تركيبها، كالمصاعد، أبواب المرآب الأوتوماتيكية، المضخات الكهربائية للمياه وأنظمة التكييف المركزي.

بالإضافة إلى ذلك لا يلتزم المرقى العقارى في عقد حفظ الحق بتقديم شهادة الضمان العشري، ولا بإدراجه كبند في العقد، وهذا بخلاف عقد البيع على التصاميم، حيث يضمن المرقى العقارى عن طريقه العيوب الخفية في العقار، وكذلك التهدم الكلي أو الجزئي للبنية جراء عيوب في البناء، بما في ذلك النوعية الرديئة لأرضية الأساس والتشققات أو التصدعات الخطيرة في الهيكل أو الأساسات، وذلك على وجه التضامن بين جميع المتدخلين في إنجاز البناء(مكاتب الدراسات، المرقى العقارى، المقاولين الفرعيين والمهندس المعماري)² - أي يتحملون المسؤولية بالتضامن جراء ما يمكن أن يحدث خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم النهائي للبناء.

فمن الناحية العملية إذا ظهر عيب في المتانة أو أي تهديد بالانهيار، فإن المرقى العقارى يكون مسؤولا مباشرة أمام المقتنين، وله حق الرجوع على المهندس والمقاول أو مكتب الدراسات، حيث يكون ملزم بإصلاح العيب أو إعادة البناء على نفقته الخاصة، وذلك من أجل إعادة البناء إلى حالته السليمة والقابلة للاستعمال، كما يجوز أن يتحول هذا الالتزام إلى تعويض مالي يدفعه صندوق الضمان للمشتري في حالة إذا كان هذا الأخير لا يريد الإصلاح بل التعويض، أو كان العيب غير قابل للإصلاح والمشتري يقبل التعويض، كما في حالة إذا تعذر إصلاحه دون هدم البناء كلياً أو جزئياً، أو أن إصلاحه يستلزم نفقات تتجاوز حدود القيمة الاقتصادية للبناء بعد الإصلاح.

أعيب أيضا على المشرع أنه جعل عقوبة تأخير الانجاز تقتصر على عقد البيع على التصاميم دون عقد حفظ الحق³، والتي تشكل بدورها ضمانا قانونية قوية لها دورا فعالا في حماية المكتتبين، وأعيب عليه ذلك بالرغم من أنه عقد غير ناقل للملكية، وذلك لأنه اشترط في نموذج عقد حفظ الحق أن يذكر الأجل التقديري للتسليم، وألزم المرقى

¹ - زاهية حورية سي يوسف: إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني الموسوم ب:إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي 17 و18 فيفري 2013، من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة بالتعاون مع فرقة بحث حول: وضعية العقار في الجزائر وأثرها على التنمية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر-بسكرة(الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص 34-35 .

² - المرجع نفسه، ص 32-33 .

³ - تنص المادة 43 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه: "يؤدي كل تأخر يلاحظ في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم، إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرقى . يحدد مبلغ عقوبة التأخير وآجالها، وكذا كيفية دفعها عن طريق التنظيم ."

العقاري بنقل ملكية الملك العقاري المتفق عليه لصاحب حفظ الحق في أجل لا يتعدى الأجل الذي يتم الاتفاق عليه، وذلك ابتداء من تاريخ التوقيع على هذا العقد¹.

ينبغي الإشارة في الأخير إلى أن غياب هذه الضمانات في عقد حفظ الحق يُضعف من فعاليته القانونية، إذ تشكل تلك الضمانات آليات قانونية جوهرية لحماية حقوق المكتتبين وضمان جدية المشاريع العقارية، كما أن تفعيلها من شأنه أن يعزز الثقة في هذا النوع من العقود ويشجع الإقبال على إبرامه، لاسيما وأن المرقيين العقاريين ما زالوا إلى غاية اليوم يتحفظون على اعتماده بسبب ضعف إقبال المواطنين عليه، ولهذا يستوجب الأمر تدخل المشرع لسد هذا الفراغ التشريعي ووضع إطار قانوني أكثر وضوحا ودقة بخصوص هذا الشأن، وأرى ضرورة أن يلزم المشرع المرقيين العقاريين بإدراج بند في عقد حفظ الحق يتضمن التزامهم بهذه الضمانات في حالة بلوغ الحوز النسبة اللازمة لإنجاز المشروع.

عاشر- غياب تحديد للحالات التي يتم فيها إبرام عقد حفظ الحق:

إن غياب تحديد للحالات التي يتم فيها إبرام عقد حفظ الحق يشكل فراغا تشريعيا، يمكن أن يؤدي إلى غموض في التطبيق العملي وإمكانية إساءة استعمال هذا النوع من العقود، حيث أنه بتصفح النصوص القانونية المنظمة لمختلف صيغ السكن الترقوي نجد بأن المشرع قد حصر بيع السكن الترقوي المدعم في صيغة البيع على التصاميم، فلا يمكن بيعه عن طريق حفظ الحق ولا عن طريق البيع التام بعد إتمام انجازه، وذلك بصريح مضمون نص المادة 11 من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 14 ماي 2011 الذي يحدد الخصائص التقنية والشروط المالية المطبقة على إنجاز الترقوي المدعم، حيث جاء فيها بأنه: " يجب أن يباع السكن الترقوي المدعم على أساس عقد البيع على التصاميم طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ".

ويرجح أن سبب ذلك يعود إلى خصوصية هذه الصيغة من صيغ السكنات، باعتبارها موجهة لفئة اجتماعية ذات دخل محدود تستفيد من دعم الدولة، لكونها غير قادرة على تسديد كامل ثمن السكن من مواردها الخاصة، كما أنه غالبا ما تعجز هذه الفئة عن دفع المبلغ المتبقي من الثمن عند إتمام عملية البناء وإبرام عقد البيع النهائي، الأمر الذي استدعى تدخل المشرع لتنظيم هذه الوضعية بنص صريح يمنع التصرف في هذا النوع من السكنات إلا من خلال عقود البيع على التصاميم، وذلك ضمانا لحماية المستفيدين ومنع أي تجاوز أو استغلال لمقاصد الدعم العمومي في المجال السكني².

¹ - ورد في البنود المتعلقة بالأجل التقدير التقديري للتسليم المذكور في نموذج عقد حفظ الحق المذكور الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 بأنه: " تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، وطبقا لأحكام المادتين 31 و33 من القانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، يلتزم المرقي العقاري بنقل ملكية الملك العقاري المتفق عليه لصاحب حفظ الحق في أجل لا يتعدى... وذلك ابتداء من تاريخ التوقيع على هذا العقد ".

² - علي سنوسي: المرجع السابق، ص 98 .

وبالرغم مما تقدم، فإنه يمكن من الناحية العملية اللجوء إلى إبرام عقد حفظ الحق في حالات محددة، من بينها ما يلي:¹

عندما يمنح المرقى العقاري من إبرام عقد البيع على التصاميم، وذلك في حالة:

- اضطراره لاستعمال قروض عقارية بهدف تمويل مشروعه، حيث تنص المادة 36 من القانون رقم 04-11، والتي جاء فيها بأنه: " لا يمكن إبرام عقد البيع على التصاميم المنصوص عليه في المادة 28 أعلاه عندما يلجأ المرقى العقاري لاستعمال قروض تخصص لتمويل البناء ؛"

- اضطرار لرهن الوعاء العقاري(أرضية البناء) للحصول على قروض عقارية لتمويل مشروعه، وهذا ما يؤكد ما ورد في البنود المتعلقة بتصريح البائع المذكور في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431-13، حيث جاء فيه " تعتبر البناية أو جزء من البناية، موضوع عقد البيع على التصاميم، ملكيته الكاملة وليست موضوع إجراء قانوني يحدد حق الملكية وليست مثقلة بأي رهن ."

كما يمكن اللجوء إلى إبرام عقد حفظ الحق في الحالة التي يكون فيها المرقى العقاري متمتعاً بملاءة مالية كافية لتمويل مشروعه، ويرغب في تسويق عقارات جاهزة أو في طور الإنجاز بعد إتمامها، فيستعمل هذا العقد كوسيلة استطلاعية لجس نبض السوق العقارية، ومعرفة مدى الإقبال على مشروعه السكني، بما يتيح له تقييم الجدوى الاقتصادية وتقادي الانخراط في مشاريع قد لا تحقق النجاح المنشود.

ويؤخذ على المشرع أنه لم يفرد تنظيمًا خاصًا بالحالة التي يكون فيها المرقى العقاري في وضعية قانونية تجيز له إبرام عقد البيع على التصاميم، أو يكون ملزمًا من الناحية القانونية باعتماد هذا النمط من البيوع، كما هو الحال في مشاريع السكن الترقوي المدعم (LPA)²، غير أنه يرغب أولاً في استكشاف مدى إقبال المواطنين على مشروعه السكني قبل الشروع الفعلي في البيع، الأمر الذي يدفعه إلى اللجوء إلى إبرام عقد حفظ الحق كبديل مؤقت لجس نبض السوق العقارية، إلا أن غياب نصاً صريحاً ينظم هذه الوضعية أفرز فراغاً تشريعياً أثر مباشرة على كيفية التعامل مع مبالغ التسبيق المودعة لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، والتي تجمد في غياب إطار قانوني واضح، ويبدو من الأنسب في تقديرنا، أن يتدخل المشرع لتنظيم أحكام خاصة بهذه الحالة، وذلك إما بإلزام الصندوق برفع التجميد عن مبالغ التسبيق بما يسمح بتمويل المشروع، مع اعتبارها جزءاً من الدفعات المقررة تبعاً لتقدم الأشغال، ضماناً لاستمرارية العملية الترقوية وتحقيق التوازن بين مصالح المرقى والمقتني.

وإما بتكريس عقد حفظ الحق كعقد ملزم لجانب واحد فقط، وذلك من خلال إقرار نموذج لعقد حفظ الحق يكون ملزمًا لجانب واحد فقط، وهو المرقى العقاري، بحيث يلزم هذا الأخير بحجز العقار أو جزء منه لفائدة المكتتب، في حال بلوغ

¹ - علي سنوسي: المرجع السابق، ص 94-95 .

² - LPA = Logement Promotionnel Aidé = السكن الترقوي المدعم .

نسبة معينة من الحجوزات تعد كافية لانطلاق أشغال البناء، وفي المقابل لا يتحمل المكتتب أي التزام مالي بموجب هذا العقد، ولا يطالب بدفع أي تسبيق أو أقساط إلا عند إبرام عقد البيع على التصاميم وفقا للشروط القانونية المعتمدة.

الحادي عشر- الطابع الاختياري للالتزام صاحب حفظ الحق بشراء العقار المحجوز:

طبقا لنص المادة 32 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الذي جاء فيه: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري:

...

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

يتضح أن التزام صاحب حفظ الحق بشراء العقار المحجوز لا يحمل طابعا إلزاميا، وإنما يعد التزاما اختياريا نابعا من إرادته المنفردة، حيث خول له المشرع إمكانية العدول عن الشراء وفسخ عقد حفظ الحق، مقابل اقتطاع نسبة محددة من مبلغ التسبيق المدفوع، ويكرس هذا التنظيم مبدأ حرية التعاقد، غير أنه قد يضعف في المقابل من فعالية عقد حفظ الحق كآلية لضمان جدية المكتتب واستقرار المعاملات العقارية.

إذ إن عدم إلزام صاحب حفظ الحق بالشراء، وعدم تحديد الحالات التي يجوز له فيها فسخ العقد من جانب واحد، كحالة إخلال المرقى بالتزاماته أو عدم احترامه للمواصفات المتفق عليها، يؤدي إلى فتح المجال أمام المكتتب للعدول دون مبرر مشروع، مقابل أداء نسبة رمزية من التسبيق.

إلا أن هذا الوضع من شأنه أن يضعف فعالية عقد حفظ الحق كآلية لتنظيم عملية البيع على التصاميم أو بيع العقار في طور الإنجاز، ويقلل من جدية الالتزامات التمهيدية في ميدان الترقية العقارية، مما يستدعي تدخل المشرع لتقنين هذا العقد بنصوص واضحة تحدد بدقة حالات الفسخ وأثره على الطرفين، ضمانا للتوازن العقدي واستقرار المعاملات العقارية.

الخاتمة:

بالرغم من الأهمية العملية لعقد حفظ الحق، إذ يعد من العقود التمهيدية التي نشأت استجابة لحاجات عملية ملحة في مجال الترقية العقارية، خصوصا أنه يسمح للمشتري بحجز وحدة عقارية قبل إبرام عقد البيع النهائي، وتمكين المرقين العقاريين من ضمان تسويق المشروع في مراحله الأولى، إلا أن التقييم القانوني لهذا العقد يظهر وجود اختلال واضح بين دوره في الواقع العملي ومرجعياته التشريعية، وهذا راجع إلى أن أغلب النصوص القانونية التي نظم المشرع بموجبها أحكامه شابها الغموض، اللبس، الخلط، الفراغ التشريعي، التضارب، عدم التكييف، ضعف الضمانات...إلخ، مما يؤدي إلى فتح المجال للتأويلات والنزاعات، وإثارة العديد من الإشكالات في النظرية القانونية لعقد حفظ الحق، والتي شكلت بدورها تحد قانوني في التطبيق من الناحية العملية والقضائية، وذلك بسبب:

- عدم دقة ووضوح التعريف القانوني لعقد حفظ الحق في التشريع الجزائري يشكل تقصيرا تشريعا يؤثر سلبا على استقرار المعاملات العقارية، ويضعف الثقة التعاقدية؛
 - عدم تحديد المشرع الجزائري للطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق يعد قصورا جوهريا في البناء التشريعي لهذا النوع من العقود، يؤدي إلى تضارب الاجتهادات القضائية، إذ لا يمكن الجزم إن كان العقد ينتج التزامات متبادلة أو مجرد نوايا تعاقدية، مما يفتح المجال أمام أحد الأطراف خاصة المرقى للتصل من التزاماته دون جزاء واضح؛
 - عدم إلزام المشرع بأن يكون عقد حفظ الحق مطابقا للنموذج الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 13-431، يؤدي إلى العمل بفكرة التوثيق الاختياري، وبحكم أن العقود غير الموثقة لا تخضع لرقابة الموثق من حيث التوازن بين الحقوق والالتزامات، فإن هذا يفتح الباب أمام المرقى العقاري لإدراج شروط تعسفية أو غامضة تضر بمصلحة المكتتب، كما يتعرض لمخاطر قانونية كبيرة في الإثبات، خاصة إذا لم يتم تسجيله، بحيث لا يكون له حجة في مواجهة الغير؛
 - بالرغم من اشتراط المشرع الكتابة الرسمية لانعقاد عقد حفظ الحق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، لأنه اشترط تحريره أمام موثق، وأخضعه لإجراء التسجيل، إلا أنه استثناه من الإشهار العقاري على مستوى المحافظة العقارية، مما يجعله لا يرتب أي حق عيني يحتج به تجاه الغير، وهذا ما يفقد المشتري الحماية القانونية ضد التصرفات اللاحقة على العقار المحجوز؛
 - انعدام الضمانات المالية، حيث لا يفرض على المرقى إيداع ضمانات مالية في حساب خاص يفتح باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، كتعويض للمكتتبين في حال عدم إنجاز المشروع لأسباب إرادية؛
 - قصور في الضمانات التنفيذية، وذلك بحكم أن المشرع لم يلزم المرقى العقاري بعد إبرام عقد حفظ الحق باكتتاب ضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة قبل البدء في إنجاز أشغال المشروع، ليضمن بموجبه للمكتتب إتمام الانجاز إلى آخر مرحلة، كما لم يشترط بأن يدرج بند في العقد يلزمه بضمان حسن الانجاز والضمان العشري، مما يضعف فعاليته كوسيلة حمائية؛
 - غياب الجزاءات في حال إخلال المرقى العقاري بالتزاماته، إذ لا يتضمن النظام القانوني الحالي أي عقوبات أو آثار قانونية محددة في حال تراجع المرقى عن التزامه بتسليم العقار المحجوز للمكتتب أو تصرفه في الوحدة العقارية المحجوزة لطرف آخر، كما جعل عقوبة تأخير الانجاز تقتصر على عقد البيع على التصاميم دون عقد حفظ الحق، وهذا ما يضعف من قوة العقد ويشجع على الممارسات غير العادلة.
- وعلى ضوء ما سبق ذكره نوصي ب:

1- ضرورة تدخل المشرع لتعديل نص المادة 27 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وذلك من خلال إعادة صياغة تعريف عقد حفظ الحق بشكل أكثر وضوحا ودقة، بما يحدد طبيعته القانونية، وخصائصه الجوهرية، وآثاره القانونية، خصوصا فيما يتعلق بالتزامات المرقي العقاري.

ويستحسن أن يتضمن التعريف المعدل ما يلي:

- إلزام المرقي العقاري بتخصيص عقار معين بذاته، وذلك من خلال إلزامه بتحديد الموقع الدقيق للبناءة أو الجزء محل العقد، سواء كان العقار في طور الإنجاز أو ضمن مشروع مستقبلي، حتى يترتب عنه حق تخصيص لفائدة المكتتب؛

- حجز العقار المعني مؤقتا لفائدة المكتتب المستفيد من عقد حفظ الحق إلى حين إتمام عملية التمليك الرسمي والتسليم النهائي؛

- ضرورة التأكيد الصريح على أن عقد حفظ الحق يعد عقدا ملزما لطرفيه منذ إبرامه، لتمييزه عن الوعد بالبيع أو العقود التمهيديّة الأخرى.

وذلك بهدف:

- تقادي الإشكالات القانونية والتطبيقية المرتبطة بغموض الطبيعة القانونية الحالية لعقد حفظ الحق؛

- توحيد الاجتهاد القضائي ومنع التفسير المتباين الذي يؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني في ميدان الترقية العقارية.

2- كما نوصي بفرض تجميد مبالغ التسبيقات بنص قانوني صريح، وبتفعيل الرقابة من طرف مصالح وزارة السكن على حسابات أصحاب حفظ الحق المفتوحة لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، للتأكد من التزام هذا الأخير بتجميد مبالغ التسبيقات؛

3- وضع نص صريح وواضح يضبط وضعية مبلغ التسبيق المودع لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ويفرض غرامات مالية أو سحب الاعتماد في حالة التصرف في التسبيق المجدد أو التأخر غير المبرر في التسليم؛

4- إلزام أن يكون عقد حفظ الحق متطابق مع النموذج الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، واشتراط الشكل الرسمي وإجراء التسجيل بالنسبة للعقد، وشهر حق الحجز على العقار موضوع العقد، وتوحيد نماذج عقود حفظ الحق عبر مستوى التراب الوطني، بموجب إلزام جميع الموثقين والمرقين بالنموذج الوارد في المرسوم المذكور أعلاه؛

5- كما يجب على المشرع أن يحدد دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نطاق عقد حفظ الحق خلال مرحلة إنجاز المشروع، وذلك بتكليفه بإتمام الانجاز إلى آخر مرحلة في حالة سحب الاعتماد من المرقي

العقاري، وذلك بمنحه صلاحية الحلول محل المقتنين ومتابعة أشغال إتمام الإنجاز بالتزام مرقي آخر على حساب المرقي المخل بالتزاماته وبدلا عنه، لتوفير حماية أكبر لصاحب حفظ الحق، مع إلزام المرقي العقاري بالاكنتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، لضمان إتمام الانجاز إلى آخر مرحلة؛

6- ضرورة إدراج الضمان العشري وضمان حسن الانجاز كبند في عقد حفظ الحق، حماية لمصلحة المكتتبين وتشجيعا لهم على الإقبال للتعاقد بموجبه.

وفي الأخير يجب القول بأن فعالية عقد حفظ الحق تظل رهينة بتدخل المشرع لتقنينه ضمن إطار قانوني واضح ومتكامل ودقيق، يحدد طبيعته القانونية، وشروطه الجوهرية، وآثاره الملزمة، بما يحقق التوازن المنشود بين متطلبات السوق العقارية من جهة، وحقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة من جهة أخرى، ويضع حدا للإشكالات القانونية والتحديات العملية التي أفرزها الغموض التشريعي الراهن.

* قائمة المصادر والمراجع:

أولا- قائمة المصادر:

أ-النصوص التشريعية:

1- القوانين:

- القانون رقم 03-22 المؤرخ في 04 ذي القعدة عام 1424 الموافق لـ 28 ديسمبر 2003، المتضمن قانون المالية لسنة 2004، ج.ر.ج. ج. عدد 83، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 2003.
 - القانون رقم 07-86 المؤرخ في 04 مارس 1986، المتعلق بالترقية العقارية، ج.ر.ج. ج. عدد 10، الصادرة بتاريخ 05 مارس 1986. (الملغى بموجب نص المادة 30 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري).
 - القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق لـ 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقاري العقارية، ج.ر.ج. ج. عدد 14، الصادرة بتاريخ 06 مارس 2011.
- 2- الأوامر:

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. ج. عدد 78، الصادر بتاريخ 24 رمضان عام 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر سنة 1975 (معدل ومتمم).
- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق لـ 02 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج. ج. عدد 92، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

- الأمر 76-92 المؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق لـ 23 أكتوبر 1976، المتعلق بتنظيم التعاون العقاري، ج.ر.ج.ج عدد 12، الصادرة بتاريخ 19 فيفري 1977. (الملغى بموجب نص المادة 80 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية).

ب- النصوص التنظيمية:

- المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 07 رمضان عام 1413 الموافق لـ 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر.ج.ج عدد 14، الصادرة بتاريخ 03 مارس 1993. (الملغى بموجب نص المادة 80 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، باستثناء المادة 27 منه).

- المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر عام 1435 الموافق لـ 18 ديسمبر سنة 2013، المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، ج.ر.ج.ج عدد 66، الصادرة بتاريخ 25 ديسمبر 2013 .
- المرسوم التنفيذي رقم 14-180، المؤرخ في 07 شعبان عام 1435 الموافق لـ 05 يونيو سنة 2014، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 02 رجب عام 1418 الموافق لـ 03 نوفمبر سنة 1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج.ر.ج.ج عدد 37، الصادرة بتاريخ 19 جوان 2014 .

- المرسوم التنفيذي رقم 15-281 المؤرخ في 12 محرم عام 1437 الموافق لـ 26 أكتوبر 2015، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، ج.ر.ج.ج عدد 58، الصادرة بتاريخ 04 نوفمبر 2015 .
- المذكرة رقم 3760 المؤرخ في 29 مارس 2016، المتضمنة منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري.

ثانيا- قائمة المراجع:

1- المقالات:

- إسكندر بن العلمي ونجاة بوساحة: فعالية عقد حفظ الحق في حماية التوقيع المشروع ، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي(الجزائر)،كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية بالجزائر، المجلد 08، العدد 03، الصادرة بتاريخ ديسمبر 2024.
- سميرة لالوش: التنظيم القانوني لعقد حفظ الحق وخصوصيته في مجال البيوع العقارية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر - بسكرة(الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 14، العدد 01، الصادرة بتاريخ 30 مارس 2022 .

- علي سنوسي: مدى فعالية البيع عن طريق عقد حفظ الحق وجزاءات إخلال المرقي العقاري بالتزاماته- دراسة تطبيقية على ضوء القانونون11-04 -، مجلة التعمير والبناء، جامعة ابن خلدون- تيارت(الجزائر)-، المجلد03، العدد 02، العدد التسلسلي10، الصادرة بتاريخ جوان 2019.

- محمد بن عامر: عقد حفظ الحق كتقنية للترقية العقارية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحيى فارس- المدينة(الجزائر)، مخبر السيادة والعولمة، المجلد03، العدد 02، الجزء 03، الصادرة بتاريخ جوان2017.
- محمد لخضاري ونجيب بوراس: عقد حفظ الحق(دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي)، مجلة الحوار المتوسطي، مخبر البحوث والدراسات الاستشراقية في حضارة المغرب الإسلامي، جامعة الجيلالي ليايس- سيدي بلعباس (الجزائر)، المجلد 11، العدد 01، الصادرة بتاريخ مارس2020 .

2- المؤتمرات العلمية:

- زاهية حورية سي يوسف: إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني الموسوم ب:إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي 17و18فيفري 2013، من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة بالتعاون مع فرقة بحث حول: وضعية العقار في الجزائر وأثرها على التنمية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر-بسكرة(الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق.

- عز الدين زوبة: خصوصية بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني الموسوم ب: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي 17و18 فيفري2013، المنظم من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر- بسكرة(الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، عدد تجريبي.

3- المواقع الإلكترونية:

-<https://fundingsouq.com/ae/ar/blog/comparing-arbun-and-down-payment-islamic-vs-conventional-practices> .