

محاضرات موجهة لطلبة السنة أولى ماستر مقياس عقود الاعمال تخصص قانون أعمال
الأستاذة بوعكة كاملة

المحور الأول: الايجار التمويلي

- أولا-تعريف عقد الاعتماد الايجاري وخصائصه .
- ثانيا - انعقاد الايجار التمويلي (الشروط الموضوعية والشكلية).
- ثالثا- صور عقد الاعتماد الايجاري .
- رابعا-التزامات الأطراف في الايجار التمويلي .

المحور الثاني : خطاب الضمان

- أولا-تعريفه (الفقهي والتشريعي) وخصائصه
- ثانيا -استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان والاستثناءات الواردة عليه .
- ثالثا-أنواع خطاب الضمان والعلاقات الناشئة عن اصدار خطاب الضمان

المحور الثالث : الكفالة المصرفية

- أولا-تعريف الكفالة المصرفية وخصائصها
- ثانيا-العلاقات الناشئة عن اصدار الكفالة المصرفية
- ثالثا-صور الكفالة المصرفية

المحور الرابع: عقد الترقية العقارية

- أولا - تعريف الترقية العقارية والشروط العامة لممارسة مهنة المرقي العقاري
- ثانيا- عقود الترقية العقارية (عقد البيع على التصاميم)
- 1-خصائص عقد البيع على التصاميم
- 2-التزامات المرقي العقاري في عقد البيع على التصاميم
- ثالثا-عقد حفظ الحق

1-خصائص عقد حفظ الحق

2-التزامات المرقي العقاري

المحور الخامس: عقد الوكالة بالعمولة للنقل.

- أولا عقد الوكالة (تعريفها --انعقادها)
- ثانيا-عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشياء
- 1- تعريفه وأركانه
- 2- التزامات الأطراف في عقد الوكالة بالعمولة
- 3-ضمانات الوكيل بالعمولة
- 4-مسؤولية الوكيل بالعمولة
- ثالثا-عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص
- 1- التزامات الأطراف في عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص.
- 2- مسؤولية الوكيل بالعمولة

المحور الأول: الايجار التمويلي

مقدمة

نشأة عقد الاعتماد الايجاري وتطوره التاريخي:

ترجع بعض الآراء الفقهية إلى أن عقد الاعتماد الايجاري 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. والرأي السائد يرجع إلى ظهور هذا العقد بوصفه الحالي إلى منتصف القرن العشرين، وبالتحديد سنة 1950 على يد أحد رجال الصناعة الأمريكي "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 الوقي 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 والتي عرفت باسم united states leasing corporation، بمعية مجموعة من أصدقائه ثم ما لبث أن إنتشر بسرعة كبيرة نتيجة الرخاء الإقتصادي ونسبة السيولة النقدية الكبيرة للأسواق آنذاك والذي ساعد على اقتناء تجهيزات متطورة .

وانتقل إلى باقي الدول الأوروبية 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 الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة وتم تعديله باللائحة التنظيمية رقم 837/67 بتاريخ 28 سبتمبر 1967. والتي أخضعت الشركات العاملة في الإعتماد الإيجاري على رقابة السلطات النقدية، كما أدخل صورة جديدة تتعلق بالأصول غير المنقولة بموجب المرسوم 665/72 بتاريخ 04 جوان 1972. كما نظم عقد الإعتماد الإيجاري للمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية بموجب القانون 12/86 المؤرخ في 06 جوان 1986. ثم انتقل هذا العقد أو ما يسمى بالليزنج بحسب تسميته الأصلية إلى باقي الدول الأوروبية وذلك عقب الحرب العالمية الثانية في ظل تزايد رأس المال الأمريكي في الدول الأوروبية (بلجيكا، ألمانيا، إيطاليا، إسبانيا والدنمارك وغيرها...)، ثم إنتقل هذا العقد إلى باقي دول شمال إفريقيا وخاصة دول المستعمرات الفرنسية. فعلى المستوى الدولي لم يكن هناك تنظيم لعقد التأجير التمويلي حتى بداية السبعينات الى 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 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 الايجاري والذي كان يهدف إلى إعادة هيكلة البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر من خلال توسيع نشاطها وتنوع 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 1996¹، المتعلق بعقد الإعتماد 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 2006.²

أولا - تعريف عقد الإعتماد الإيجاري وخصائصه :

نظرا لتشابك العلاقات القانونية في عقد الإعتماد الإيجاري اختلف الفقه في وضع وإعطاء تعريف موحد لهذه التقنية لكونه يمثل صورة مركبة ومعقدة ومتشابكة من العلاقات القانونية.

1- 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. وذهب الدكتور مصطفى رشدي شبيحة إلى القول بأن عقد الاعتماد الإيجاري "عملية إيجار لمدة طويلة تنتهي بحق الاختيار للمستأجر بالشراء من عدمه مع مراعاة الأقساط المدفوعة". 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 لعمالها مع تطبيق أحكام عقد الإيجار في العلاقة التعاقدية بينهم"، وهو "وسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية التي تعد من الأنظمة القانونية المركبة"

2- التعريف التشريعي:

لم تتخذ التشريعات القانونية موقفا موحدًا 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. ففي الأنظمة الانجلوسكسونية وأشهرها الولايات المتحدة الأمريكية فقد نظمت أحكام عقد الاعتماد الإيجاري في التقنين التجاري الموحد حيث نصت المادة 2-103 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 البضائع فيتملكها المؤجر بقصد تأجيرها للمستأجر". 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

¹ الأمر 09/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري، ج ر، عدد 03، الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996.

² مرسوم تنفيذي رقم 90/06 المؤرخ في 20 فيفري المتعلق بإشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة ومرسوم 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.

معنويا يدعى المستأجر كما يترك لهذا الشخص إمكانية اكتساب كلياً أو جزئياً الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئياً الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار".
ونصت كذلك أحكام المادة 08 من نفس الأمر على أنه "يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة عقداً يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر وعلى شكل تأجير لصالح طرف يدعى المستأجر مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة أصلاً ثابتة مهنية اشتراها أو بنيت لحسابه مع إمكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في أجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار ويتم ذلك في صيغة من الصيغ المذكورة أدناه:
- عن طريق التنازل تنفيذاً 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 قانوناً ملكية الأصول التي تم تشييدها على الأرض والتي هي ملك المستأجر.

وكذلك نص المادة التاسعة من نفس الأمر على أنه "يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري المتعلق بمحل تجاري أو بمؤسسة حرفية سنداً يمنح من خلاله طرف يدعى المؤجر على شكل تأجير مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة لصالح طرف يدعى المستأجر محلاً تجارياً أو مؤسسة حرفية من ملكه مع الوعد من جانب واحد بالبيع لصالح المستأجر وبمبادرة منه عن طريق دفع سعر متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئياً الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجارات مع انعدام إمكانية المستأجر في إعادة تأجير المحل التجاري أو هذه المؤسسة الحرفية لصاحب الملكية الأول".

3- خصائص عقد الاعتماد الإيجاري:

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

- الخصائص العامة: وتمثل في مايلي:

- عقد ملزم للجانبين: (من العقود التبادلية) - عقد معاوضة - من العقود الزمنية.

- الخصائص الخاصة:

وتتمثل الخصائص الخاصة في مايلي:

-خاصية التمويل العيني:

والمقصود هو توفير المال اللازم للمستأجر سواء عقاراً أو منقولاً بحسب الشروط التي يريدها المستأجر والتمويل هو من أصل كلمة "مال" أي توفير المعدات أو أدوات الإنتاج بحسب المواصفات التقنية، فوظيفة المؤجر هي تغطية ثمن شراء الأصل المؤجر من المورد أو المنتج أو البائع ووضعه تحت حيازة المستأجر للإنتفاع به حسب المدة المتفق عليها وبأقساط أجرة محددة مسبقاً.

-خاصيته المالية والتجارية: فعقد الاعتماد الإيجاري ذو طابع مالي وذلك لأن أساساً إرتباط المؤجر مع المستأجر هو علاقة مالية تتمثل في أقساط الأجرة التي يلتزم المستأجر بدفعها للمؤجر طوال مدة العقد.

وهو ذو طابع تجاري على أساس أن المؤجر (بنك، مؤسسة مالية، شركة اعتماد إيجاري) هي شركات تجارية تهدف إلى تحقيق الربح وعملياتها تجارية أي أن عملها تجاري حسب الشكل طبقاً لمادة 03 من القانون التجاري.

-الخيار الثلاثي للمستأجر عند نهاية العقد:

ف للمستأجر 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 تنفق عليه الأطراف وإما أن يرد الأصل للمؤجر.

-خاصية الاعتبار الشخصي: فعقد الاعتماد الاجاري 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 .

ثانيا- انعقاد عقد الاعتماد الاجاري: (الشروط الموضوعية والشكلية)

ينعقد عقد الاعتماد الاجاري بتوافر جملة من الأركان الموضوعية الواجبة لصحة العقود حسب القواعد العامة متمثلة في الرضا والمحل والسبب وأركان شكلية متمثلة في الكتابة والشهر.

1-الأركان الموضوعية:

لعقد الاعتماد الاجاري أركان موضوعية هي :

1-1الرضا:

باعتبار عقد الاعتماد الاجاري 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 .

1-2محل 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 و كذا بالمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية ذات الاستخدام المهني أو الإنتاجي لا للاستهلاك الشخصي.

1-3السبب: وهو الدافع أو الباعث المؤدي إلى التعاقد ويشترط أن يكون الدافع مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان العقد باطلاً لتخلف أحد أركانه حسب المادة 97 من القانون المدني .

1-4-أطراف عقد الإعتماد الإيجاري:

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

-المؤجر: حدد المشرع الجزائري المؤجر في نص المادة الأولى من الأمر 09/96 المتعلق بعقد الاعتماد الاجاري على سبيل الحصر والمتمثل في البنك والمؤسسة المالية وشركات الاعتماد الاجاري المؤهلة قانونا والمعتمدة صراحة .
-البنك: وعرفها المشرع الجزائري بحسب موضوعها بقوله: "البنوك مخولة دون سواها للقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66 إلى 68 بصفة مهنتها العادية من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم.
كما نصت المادة 83 من الأمر رقم 11-03 على أنه "يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية، الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة".

- المؤسسات المالية: وعرفها المشرع الجزائري في المادة 71 من الأمر 11/03 المعدل والمتمم بقوله: "لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم وإدارة وسائل الدفع ووضعها تحت تصرف زبائنها وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى.

- شركات الإعتماد الإيجاري: المؤهلة قانونا والمعتمدة صراحة واشترط المشرع أن تتخذ شكل شركات مساهمة وأن لا يكون مؤسسوها ومسيروها وممثلوها موضوع أي منع منصوص عليه في أحكام المادة 76 من الأمر 11/03 المعدل والمتمم وأن لا يقل رأس المال الشركة عن 100 مليون دينار جزائري، وتحصل شركة الإعتماد الإيجاري على قرار إعتمادها من محافظ بنك الجزائر وينشر في الجريدة الرسمية حسب النظام 06/96³ الذي يحدد كفيات تأسيس شركات الإعتماد الإيجاري وشروط إعتمادها.

³ نظام 06/96 المؤرخ في 03 جويلية 1996 يحدد كفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها، ج ر عدد 66 الصادرة بتاريخ 03 نوفمبر 1996.

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

2- الشروط الشكلية في عقد الاعتماد الاجاري:

2-1- الشروط الشكلية في عقد الاعتماد الاجاري للأصول المنقولة:

-الكتابة العرفية:

إن الكتابة ليست ركنا من أركان العقد وإنما شرط للإثبات فقد درج العمل على أن يكون العقد مكتوبا وأخضعها لإجراءات شهر خاصة ، وبدليل نص المشرع في المادة 05 من الأمر 09/96 التي عرفت عقد الاعتماد الاجاري 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 ويعتبر عقد الاعتماد الاجاري عقدا تجاريا يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات في المواد التجارية طبقا لنص المادة 30 من القانون التجاري.

-البيانات الجوهرية في عقد الاعتماد الاجاري للأصول المنقولة:

نص المشرع الجزائري على مجموعة من البيانات الإلزامية الواجب توافرها والتي تطرق إليها في القسم الثاني للأمر 09/96 بعنوان البنود الملزمة في عقد الاعتماد الاجاري للأصول المنقولة في المادة الحادية عشر بنصها يجب أن يشير عقد الاعتماد الاجاري للأصول المنقولة الموافق للاعتماد الاجاري 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.

أما البيانات الاختيارية الخاصة في عقد الاعتماد الاجاري للأصول 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

✓ 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 الاجاري 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 بتبديل الأصل المؤجر في حالة قدم طرازه خلال مدة عقد الاعتماد الاجاري للأصول المنقولة.

-الشهر القانوني:

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

وفي هذا الإطار أصدر المشرع مرسوم تنفيذي رقم 90/06 بخصوص شهر عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة وحددت المادة 02 من نفس المرسوم الجهة المكلفة بضمان الشهر القانوني لعمليات الاعتماد الايجاري وهي المركز الوطني للسجل التجاري أو أحد فروعه المحلية لمكان تواجد الأصول المؤجرة ، وذلك بإعداد سجل عمومي خاص لضمان الشهر القانوني لعقود الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة والمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية. 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 الايجاري 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 بالمسوك 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 للسجل التجاري المختص إقليميا حسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي المذكور. كما نص المشرع على حالات الشطب طبقا لأحكام المادة 06 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه بنصه على أنه يجب شطب قيد العقد من السجل الخاص بشهر عقود التأجير التمويلي للمنقولات إما بناء على ما يقيد اتفاق الأطراف على ذلك و اما بناء 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 المستأجر حق الخيار بالشراء في التاريخ المتفق عليه عن طريق رسالة مضمونة الوصول خلال 15 يوما على الأقل قبل هذا التاريخ.

2-2 الشروط الشكلية في عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير منقولة:

-الكتابة الرسمية:

اشترط المشرع في عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة العقارات أن يكون مكتوبا في قالب رسمي، وتعتبر الكتابة الرسمية في هذه الحالة ركن للانعقاد، ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها عملا بالأحكام العامة بنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري. ويقتضي أن يرد العقد على عقارات مخصصة لأغراض مهنية سواء عقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص باستثناء الأراضي العارية التي لا تصلح لإبرام عقد الاعتماد الايجاري بدليل نص المشرع في المادة 04 من الأمر 09/96 -"مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية للمتعاقل للاقتصادى".-

-الشهر لدى المحافظة العقارية:

عملا بأحكام المادة 02 من المرسوم التنفيذي 91/06 المتعلق بكيفيات اشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة المؤرخ في 20 فيفري 2006 ولا بد من التأكيد أن المشرع ألزم المؤجر بموجب المادة 03 من نفس المرسوم التنفيذي بالقيام بعملية الشهر القانوني للأصول الغير المنقولة على مستوى المحافظة العقارية بنصها "يتعين على المؤجر أن يقوم بنشر كل عقد اعتماد ايجاري المذكور في المادة 02 أعلاه لدى الحفظ العقاري التابع له العقار المعني بعملية الاعتماد الايجاري ويجب أن يجري إشهار كل عملية اعتماد ايجاري للأصول الغير المنقولة لدى الحفظ العقاري في الأجال المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

ثالثا-صور عقد الاعتماد الايجاري :

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

-بحسب طبيعة الأصل المؤجر:(عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة وللأصول غير المنقولة) فالأصل المؤجر

في عقد الاعتماد الايجاري يكون أصولا منقولة أو أصولا عقارية أو محلات تجارية أو مؤسسات حرفية

-عقد الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة: فهذا النوع يتميز ب:

-يرد على الأصول المنقولة "المادية" بدليل أن المشرع نص في المادة 03 من نفس الأمر على أنه "يعرف عقد الاعتماد الاجاري 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 الاجاري كان في الاصول المنقولة .

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

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

- عقد الاعتماد الاجاري للأصول غير المنقولة:

ويتميز هذا النوع ب:

-يرد هذا النوع على الأصول غير المنقولة والمتمثلة في العقارات بطبيعتها ماعدا الأراضي الجرداء فلا تصلح لوحدها أن تكون محلا لهذا العقد واشترط المشرع عقود مقاوله لبنائها بدليل أن المشرع نص المادة 04 من الأمر 09/96 سالف الذكر على "... أصول عقارية مبنية أو ستبنى...". كما يرد هذا العقد على العقارات بالتخصيص بتوافر الشروط المنصوص عليها في القانون المدني.

-يتميز هذا النوع أن مدته طويلة وتكاليفه باهضة مقارنة مع الاصول المنقولة .

-أن يكون هذا العقد لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الاقتصادي أي لأغراض انتاجية (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 - اما عن طريق اكتساب المستأجر الملكية بطريق مباشر أو غير مباشر - واما عن طريق التحويل قانونا ملكية الارض التي تم تشييدها على الارض والتي هي ملك المستأجر (الالتصاق العقاري).

-عقد الاعتماد الاجاري للمحلات التجارية والمؤسسات الحرفية :

نصت عليه المادة 09 من نفس الأمر "يعتبر عقد الاعتماد الاجاري المتعلق بمحل تجاري أو بمؤسسة حرفية سندا 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 لصالح المستأجر وبمبادرة منه عن طريق دفع سعر متفق عليه يأخذ بعين الاعتبار على الأقل جزئيا الأقساط التي تم دفعها بموجب ايجارات مع انعدام امكانية المستأجر في اعادة 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 المستأجر المواد الاتية من القانون التجاري

-المواد 79 الى 167 ماعدا أحكامها الموافقة لبيع المحلات التجارية المؤجرة بمقتضى عقد اعتماد اجاري.

-المواد من 169 الى 214 المتعلقة بعقود ايجار التجارية والتسيير الحر وتأجير التسيير

- من حيث تحمل المخاطر والمسائ المرتبطة بالعقد:

ويمكن تقسيمها الى عقد اعتماد اجاري مالي وعملي :

-عقد الاعتماد الاجاري المالي:

نصت عليه المادة 02 فقرة 02 "تدعى عمليات الاعتماد الاجاري باعتماد اجاري مالي في حالة ما اذا نص عقد الاعتماد الاجاري على تحويل لصالح المستأجر كل الحقوق والالتزامات والمنافع والمسائ والمخاطر المرتبطة بملكية

الأصل الممول عن طريق الاعتماد الايجاري وفي حالة ما اذا لم يمكن فسخ عقد الاعتماد الايجاري وكذا في حالة ما اذا
يضمن هذا الأخير للمؤجر حق استبعاد نفقاته من رأس المال والحصول على مكافأة على الأموال المستثمرة " ويتميز هذا
النوع ب :

-يعطي للمستأجر حق خيار الشراء في نهاية العقد أي خيار التملك .وهذا ما أكدته نص المادة 10 فقرة 03 من الأمر
09/96 بنصها " يسمح للمستأجر في حالة الاعتماد الايجاري المالي فقط وعند انقضاء الفترة غير القابلة للإلغاء
الخاصة بالإيجار أن يكتسب الأصول المؤجرة مقابل دفع قيمة متبقية تأخذ بعين الاعتبار الايجارات التي تم قبضها في
حالة ما اذا يقرر مزاولة حق الخيار بالشراء دون أن يحد ذلك من حق الأطراف المتعاقدة في تجديد الإيجار لفترة
ومقابل قبض إيجار يتفق عليه ولا من حق المستأجر 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 الايجاري للأصول المنقولة الموافق
للإعتماد الايجاري المالي تحت طائلة فقد هذه الصفة الى مدة الإيجار ومبلغ الإيجار وحق الخيار بالشراء الممنوح
للمستأجر عند انتهاء العقد وكذا القيمة المتبقية من سعر اقتناء الأصل المؤجر " .

- دور المؤجر في هذا الصنف تمويلي⁴ 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 الامر ويترتب عليه عدم امكانية فسخ
العقد بالإرادة المنفردة الا للأسباب القانونية .

-تغطي الدفعات التي يقدمها المستأجر رأس المال الذي استثمره المؤجر بالإضافة الى فائدة تمثل هامش ربح - تتميز
العلاقة بين المؤجر والمستأجر بكونها علاقة متشابهة ومعقدة وكذلك طويلة
-عقد الاعتماد الايجاري العملي :

ونصت عليه المادة الثانية في فقرتها الثانية "تدعى عمليات الاعتماد الايجاري باعتماد ايجاري عملي في حالة ما اذا 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 الاصل المؤجر في نهاية العقد بل يكون له فقط تجديد العقد أو رد
الأصل المؤجر .

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

-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 الإيجار العادي ماعدا المعيار
العضوي .

-تصنيف العقد بحسب جنسية العقد :

-عقد الاعتماد الايجاري الوطني:

نصت عليه المادة الخامسة من الامر 09/96 بقولها " يعرف الاعتماد الايجاري على أساس أنه وطني عندما تجمع
العملية شركة تاجر 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 .وتثار

⁴ هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص64.

التساؤل حول مفهوم الإقامة فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة على أنه " ان صفتي المقيم وغير المقيم في الجزائر هما المحددتان في التشريع والتنظيم المعمول بهما في الجزائر ".ونصت المادة 125 من قانون النقد والقرض 11/03 المعدل والمتمم بقولها " يعتبر مقيما في الجزائر في مفهوم هذا الأمر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر .

يعتبر غير مقيم في الجزائر في مفهوم هذا الأمر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية خارج الجزائر " .

- عقد الاعتماد الاجاري الدولي:

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

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

رابعا -التزامات الأطراف في الاجار التمويل :

يعتبر عقد الإعتقاد 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 الإقتصادية باعتباره من وسائل تمويل المشاريع الإستثمارية فيستخدم قالب الإيجار كوسيلة لتحقيق أهداف تمويلية بطريقة تضمن الملكية للمؤجر والإنتفاع للمستأجر وقد تضمنت اتفاقية أوتاوا حول التأجير التمويلي الدولي التزامات الاطراف وحقوقهم .

1-- إلتزامات المؤجر التمويلي:

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

- إلتزام 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 إستحداثه، ويبقى دور المؤجر أداء وظيفة تمويلية. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 10/12/1976 بقولها أن " المؤجر يوفي بكل إلتزاماته عندما يضع الأشياء المؤجرة تحت تصرف المستأجر"، وعادة ما يقوم المؤجر بدراسة جوانب خاصة بالمستأجر تتعلق بـ دراسة الحالة المالية للمستأجر ودراسة الجدوى الإقتصادية للمشروع الإستثماري.

- إلتزام المؤجر بالتسليم: يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الإنتفاع من الأصل المؤجر، وبالمقابل يلتزم المستأجر بدفع 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 ويعتبر أول مرحلة من مراحل تنفيذ العقد، فعلى المؤجر نقل الحيازة المادية للمستأجر في التاريخ المتفق عليه وفي حالة تصلح لإستيفاء المنفعة المقصودة مع تواجها (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 الإتفاق على أن يستلم المستأجر الأصل المؤجرة مباشرة من المورد أو المنتج بموجب محضر إستلام 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 .

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

-إلتزام المؤجر بضمان التعرض: وينقسم الى ضمان التعرض الشخصي والصادر من الغير، أي امتناع المؤجر عن جميع التصرفات التي تحول الإنتفاع الهادئ للمستأجر بالأصل المؤجر وهذا ما أكدته المادة 31 من الأمر 09/96 الخاص بعقد الإعتماد الإيجاري، فلا يجوز للمؤجر قانونا أن يتعرض للمستأجر بما يزعجه في استيفاء المنفعة طوال سريان العقد ، وعدم إحداث تغيير يمنع من الإنتفاع 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

- ضمان العيوب الخفية: يقصد بالعيوب 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 بالإلتزامات الملقاة على عاتق صاحب الملكية، عدا وجود إتفاق مخالف ومن بينها الإلتزام 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 وعدم إحداث أي تغيير يقلل من هذا الانتفاع وبضمان المستأجر ضد أي أضرار أو سبب قانوني من قبل المؤجر، وكذا الإلتزام 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 بالعيوب وقت إبرام العقد حسب المادة 38 فقرة 06 من الأمر 09/96 السابق ذكره .

- التزم المؤجر بالشهر:

أي التزم المؤجر بشهر عقد الاعتماد الإيجاري على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري إذا كان متعلقا بأصول منقولة في أجل 30 يوما ابتداء 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.

- التزم المؤجر بدفع الرسوم والضرائب والتكاليف: التي تترتب على الأصل المؤجر حسب المادة 38 فقرة 02 من الأمر 09 /96 والتي تمثل حقوقا للدولة .

2 -إلتزامات المستأجر:

وتطرق المادة 39 من الأمر 09/96 الى إلتزامات المستأجر والتي تتمثل فيما يلي:

-إلتزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة حسب السعر والمكان والتواريخ المتفق عليها : والأجرة هي مقابل إنتفاع المستأجر بالأصل المؤجر، وتحدد حسب نمط متناقص أو خطي استنادا إلى مناهج محددة عن طريق التشريع ، ويتضمن مبلغ الأجرة الذي يدفعه المستأجر للمؤجر ما يأتي:

✓ سعر شراء الأصل المؤجر مقسما إلى مستحقات متساوية المبلغ تضاف إليها القيمة المتبقية التي يجب دفعها عند مزاولة حق الخيار بالشراء.

✓ أعباء استغلال المؤجر المتصلة بالأصل موضوع العقد

✓ هامش يطابق الأرباح أو الفوائد المكافئة للمخاطر المترتبة على القرض والموارد الثابتة المخصصة لاحتياجات عملية الاعتماد الإيجاري.

-إلتزام المستأجر بالمحافظة على الأصل المؤجر: وذلك بصيانتته 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 و متفق عليه حسب المادة 39 فقرة 06 من الامر 09/96 السالف ذكره.

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

4-2 الالتزام بإشعار المؤجر فوراً: 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: اذا 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 الإنتفاع: أي عدم جواز الإيجار من الباطن إلا بموافقة صريحة من المؤجر وهذا ما أكدته المادة 10/39 من الأمر 09/96: "الإلتزام بعدم التنازل عن حقه في الإنتفاع وعدم إعادة تأجير الأصل المؤجر دون موافقة صريحة من المؤجر.

-الالتزام المستأجر بالتأمين: عملاً بأحكام المادة 34 من الأمر 09/96 التي تنص على أنه: "يمكن أن يضع عقد الإعتماد الإيجاري أيضاً على عاتق المستأجر إلتزام تأمين الأصل المؤجر على حسابه ضد مخاطر الإلتلاف الكلي أو الجزئي والتي تحد أو تمنع الاستعمال المتفق عليه " ويكون المؤجر وحده مؤهلاً لقبض التعويضات الخاصة بالتأمين على الأصل المؤجر بغض النظر عن تكفل المستأجر بأقساط التأمين المكتتبه ودون الحاجة إلى تفويض خاص لهذا الغرض حسب أحكام المادة 26 من الأمر 09/96 السابق ذكره.

المحور الثاني خطاب الضمان

أولاً: تعريفه (الفقهي والتشريعي) وخصائصه :

تعددت مصطلحات خطاب الضمان منها (الضمان المستقل لدى القضاء الفرنسي، خطابات الاعتماد الضامنة ، الضمان التعاقدي، الضمان التلقائي، الضمان عند أول طلب، الضمان المجرد ، و الضمان عند الطلب ، و خطاب التعهد).

1-التعريف الفقهي لخطاب الضمان :

تعددت محاولات الفقه لوضع تعريف لخطاب الضمان يكون شاملاً لجميع عناصره مبرزاً لجميع خصائصه وعرفته الأستاذة سميحة القليوبي بأنه "تعهد من البنك بناء على أمر عميله يتعهد بمقتضاه في مواجهة المستفيد منه بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين دون قيد أو شرط الطلب "

وعرفه جانب من الفقه بأنه "تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله الأمر بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة معينة ودون توقف الأخير خلال مدة محددة".

وعرفته المادة الرابعة من مشروع القواعد الموحدة لخطابات الضمان والتعهدات لسنة 1986 على أنه "تعتبر خطابات الضمان وتطبيقها تعهدات غير قابلة للرجوع فيها (نهائية) ومنفصلة عن العقد أو العقود التي تركز عليها وتعدت البنوك بأي طريق بهذا العقد أو العقود ويلتزم بها بغض النظر عن أي إشارة مدرجة في هذه الخطابات الى العقد او العقود".

والتعريف الراجع في الفقه يرى بأن خطاب الضمان: " تصرف قانوني يرد في صك ذو طابع شخصي يوجهه البنك إلى المستفيد بناء على طلب العميل الأمر يتعهد بمقتضاه تعهداً مباشراً غير قابل للتداول أو التنازل بدفع مبلغ نقدي خلال مدة محدد".

2- التعريف التشريعي لخطاب الضمان :

ذهبت التشريعات المقارنة إلى معالجة خطاب الضمان بوصفه إحدى العمليات المصرفية الائتمانية التي استحدثتها العمليات التجارية بما يتلاءم مع طبيعة هذه الأخيرة من حيث سرعة انجازها وتوفير الثقة في هذه التعاملات .

لم يعرف المشرع الجزائري خطاب الضمان وإنما أشار إليه بشكل عرضي في نص المادة 68 فقرة 1 من الأمر 03 – 11 المعدل والمتمم "يشكل عملية القرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تصرف الشخص الآخر، أو يأخذ بموجبه لصالح شخص آخر إلزاماً بالتوقيع كالضمان الاحتياطي والكفالة أو الضمان".

كما قامت غرفة التجارة الدولية باعداد مجموعة من القواعد الموحدة بين الفنية والأخرى تهتم بالضمانات لدى الطلب والتي كان آخرها نشرة رقم 758 بشأن الضمانات تحت الطلب والصادرة عن غرفة التجارة الدولية لعام 2010 ، وعرفت خطاب الضمان في المادة الثانية بأنه " يقصد بخطاب الضمان تحت الطلب تعهد موقع كيفما سمي أو وصف ينص على الدفع عند تقديم طلب مستوفى الطلب". كما نصت المادة الخامسة من القواعد الموحدة لخطابات الضمان التي تدفع عند الطلب الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس الكتيب رقم 1992/458 على مايلي " ان كل الضمانات والضمانات المقابلة غير قابلة للرجوع فيها ما لم ينص فيها على غير ذلك".

3-خصائص خطاب الضمان :

يتميز خطاب الضمان بخصائص أهمها:

- التزام البنك في خطاب الضمان ذو مضمون نقدي:

من الثابت بان التزام المصرف بموجب خطاب الضمان هو تعهد بدفع مبلغ معين من النقود محدداً أو قابلاً للتحديد، ومن ثم فلا يلتزم بتنفيذ المشروع المضمون (غرض خطاب الضمان) لأن البنك ليس بديلاً عن العميل الأمر، كما أنه

ليس بمدى متضامن مع العميل الأمر تجاه المستفيد، وإنما جل التزام البنك بموجب خطاب الضمان هو تعهده بدفع قيمة نقدية عند المطالبة القانونية. فهو التزام منقطع الصلة بكيفية تنفيذ العميل الأمر لالتزامه تجاه المستفيد، فلا يعتبر ما تعهد البنك بدفعه تعويضاً للمستفيد من عدم تنفيذ العميل الأمر لالتزامه المضمون (غرض خطاب الضمان) أو إساءة هذا التنفيذ، بل يعتبر التزام المصرف بدفع الخطاب مجرداً عن التزام هذا العميل الأمر بحيث يلتزم المصدر للخطاب بدفع قيمة هذا الأخير أي كان مقدار مديونية العميل تجاه المستفيد.

فخطاب الضمان جاء ليحل محل التأمين النقدي، فمحل التزام البنك هو دفع المبلغ النقدي المذكور في الخطاب بمجرد المطالبة به من المستفيد.

- خطاب الضمان يرتب إلزاماً أصلياً في ذمة البنك المصدر للخطاب:

إن إصدار خطاب الضمان يترتب عليه أن إلزام البنك في مواجهة المستفيد هو إلزام أصلي غير تابع لأية علاقة قانونية كعقد الاعتماد بالضمان، بالرغم من أن هذا العقد الأخير هو الذي يعد أساساً لمبادرة البنك بإصدار خطاب الضمان، وذلك بخلاف ما هو مقرر بشأن الكفالة العادية إذ يترتب على هذه الأخيرة إلزام تابع يدور مع التزام المدين وجوداً وعدمه في مقداره وفي استحقاقه وفي بقاءه وفي إنقضائه .

- خطاب الضمان يرتب إلزاماً مجرداً في ذمة المصرف المصدر للخطاب:

تقترب الصفة الأصلية لالتزام البنك بموجب خطاب الضمان بصفة أخرى بالغة الأهمية تتمثل بتجرد هذا الالتزام عن أي علاقة تربط الأطراف ذات الصلة بخطاب الضمان وهو تعهد نهائي ، إذ لا يخضع الإلتزام بموجب هذا الخطاب لأي عنصر خارجي، بمعنى أن التزام البنك المصدر لخطاب الضمان منقطع الصلة بالتزام العميل الأمر ولا يتوقف مضمونه أو مقداره و استحقاقه على عنصر خارج عن الخطاب نفسه. فهذا الأخير وحده يحكم العلاقة القائمة بين المستفيد والبنك المصدر لخطاب الضمان بعيداً عن علاقة البنك بالعميل الأمر. 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.

- التزام البنك فورياً:

فيميز خطاب الضمان انه تعهد منجز غير مؤجل ذلك أن صدوره مؤجلاً ينفي عنه المعنى المستقر من الخطاب، فالغالب أن تتضمن الخطابات عبارات تفيد هذه الفورية .

فالفورية إنما هي سبب الوظيفة الرئيسية التي من أجلها نشأ الخطاب وهذه الفورية يحكمها العرف المصرفي أو العادة المصرفية وتكون في مدة معقولة.

-التزام البنك في خطاب الضمان مباشراً :

ومعناه أن البنك يلتزم في مواجهة المستفيد بصفته أصيلاً لا نائباً عن عميله وهو ما يؤكد عدم تبعية التزامه للالتزام الأصلي فالبنك يلتزم بالوفاء بمبلغ الخطاب متى طلبه المستفيد وليس عليه اعدار عميله أو طلب الموافقة .

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فالبنك لا يراقب هذا التنفيذ، كما أنه لا يتعهد بالقيام بدلاً من العميل المدين بتنفيذ التزامه ولا بسداد ما عليه من دين، بل يصدر تعهداً مجرداً عن التزام العميل أمام المستفيد بدفع المبلغ المحدد في خطاب الضمان أي كان مقداره سواء كان أكبر أو أقل من دين العميل المستفيد.

التزام البنك باتاً ونهائياً :

اعتبار التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان باتاً ونهائياً في مواجهة المستفيد يجعل الخطاب صالحاً لتأدية الوظيفة التي نشأ من أجلها وهو كونه بديلاً عن التأمين النقدي، الذي وضع لصالح المستفيد فالتجرد يقتضي الوفاء دون الالتفات إلى أي عارض يعيق استمراره.

- خطاب الضمان يرتب التزاما قطعيا في ذمة المصرف المصدر للخطاب:

إن الصفة القطعية للالتزام البنك بموجب خطاب الضمان لا تتناقض مع لزوم المطالبة بقيمة خطاب الضمان، لأن الأصل في وفاء الالتزامات النقدية هو المطالبة من قبل الدائن لأن الدين النقدي مطلوب غير محمول، يضاف إلى هذا أن المطالبة عنصر مذكور في خطاب الضمان الذي يحكم وحدة العلاقة القانونية الناشئة عن هذا الخطاب، فخطاب الضمان يرتب التزاما قطعيا باتا ونهائيا في ذمة المصرف بالدفع لدى أول مطالبة خلال نفاذية الخطاب ودون قيد أو شرط من خارج وثيقة الخطاب التي تعد مصدر تعيين التزام البنك بموجب الخطاب باعتباره التزاما أصليا ومجردا وقطعيا في آن واحد ويصبح البنك ملتزما به متى وصل الخطاب إلى علم المستفيد .

- الاعتبار الشخصي في خطاب الضمان :

اختلف الرأي حول تحديد الشخص محل الاعتبار الشخصي فهناك من يجد أنه الشخص العميل على اعتبار وجود علاقة أساس سابقة تولدت عنها الثقة والقدرة على تنفيذ الالتزام، ووجود عناصر حسن النية والأمانة وغيرها . وهناك من يرى أن الاعتبار الشخصي في شخص المستفيد باعتبار أن خطاب الضمان يصدر لصالحه وبالتالي يلتزم بعدم نقله لشخص آخر أو التنازل عنه باعتباره سند ائتماني اسمي يذكر فيه اسم المستفيد بالتحديد . وإن علاقة البنك بالعميل هو "وعد بالاعتماد بالتوقيع" لذلك أول ما يجب على البنك قبل تعاقد مع العميل هو دراسة مركز العميل المالي ودرجة يساره والتزاماته المالية وامكانياته للوفاء بتعهداته على الوفاء بقيمة الضمان، وحتى يمكن للبنك ضمان حقوقه فإنه يلجأ عادة إلى مطالبة العميل بتقديم غطاء الضمان وهذا الغطاء قد يكون نقديا أو عينيا مثل رهن الأوراق التجارية والاعتبار الشخصي للعميل مؤكداً إذ لا يرضى البنك بضمن العميل إلا لثقتة وقدرته على تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها .

- خطاب الضمان التزام ذو مدى زمني محدد:

يلتزم البنك بدفع مبلغ معين من النقود إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب. لذا فإن التزامه يبقى قائما لمدة زمنية معينة، كما أن المدة تعد عنصرا مهما لاحتمال عمولة البنك المترتبة له بهذا الشأن. كل هذا يقتضي ضرورة تحديد المدة في وثيقة خطاب الضمان بحيث تكون مطالبة المستفيد خارج هذه المدة سقوط التزام البنك بموجب هذا الخطاب، فبانقضاء مدة خطاب الضمان ينقضي نهائيا التزام المصرف المصدر له ما لم يتم الاتفاق على تمديده قبل انقضائه أو تجديده بعد انتهاء مدته.

ثانيا -استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان والاستثناءات الواردة عليه :

1-استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان :

ومعناه استقلال التزام البنك في خطاب الضمان عن الروابط الناشئة عن عقد الأساس أي العلاقة بين العميل والمستفيد وتلك الناشئة عن عقد فتح الاعتماد بالضمان بين البنك والعميل أي انفصاله عن الالتزام الناشئ عن الخطاب فالبنك وبمجرد إصداره لخطاب الضمان وعلم المستفيد به يكون تعهده مجردا وغير قابل للرجوع فيه بدفع مبلغ نقدي للمستفيد لدى أول طلب غير قابل للرجوع فيه بالرغم من اعتراض العميل، لكون التزام البنك التزام أصيل قبل المستفيد وليس نائبا عن العميل وليس تابع، ولا يجوز من تم للبنك الامتناع عن الوفاء وإنما الوفاء الفوري كون أن العميل لم يقدم غطاء لخطاب الضمان أو التمسك بالدفع المستمدة من علاقته بعميله . ويرتب استقلال التزام البنك في خطاب الضمان نشأة دين جديد بصفته أصيلا بدفع مبلغ نقدي معين إلى المستفيد بصرف النظر عن محل الدين المضمون فقد يكون أكبر أو أقل منه خلافا للكفالة التي لا تجوز بشروط أشد وزيادة على ذلك فهذا الدين الجديد مستقل عن الدين المضمون وهذا قصد حماية الثقة في الائتمان الذي أملتته تطبيقات التجارة الدولية. فميزة الاستقلالية تجعل التزام الضامن ينفذ مستقلا عن أية علاقة عقدية أخرى ناتجة عن أطراف المعاملة سواء علاقته بالعميل وكذا بالمستفيد.

2- استثناءات استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان :

ان التزام البنك بالوفاء لدى أول طلب دون ابداء أي معارضة أو دفع ناتجة عن العلاقات الأخرى يشكل حماية للمستفيد، الا أن هذا الاخير يكون ملزما باحترام شروط الضمان دون استغلال مبدأ الاستقلال، وعليه فطلب الوفاء القائم على غش أو تعسف المستفيد يجب رفضه ولا يستثنى من التزام البنك القطعي والمجرد هذا سوى الحالة التي يثبت فيها أن طلب الأداء مبني على غش أي المطالبة المدعومة بمستندات مزيفة أو تعسف ظاهر من قبل المستفيد .

عالجت اتفاقية الأمم المتحدة للكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة 1995 أثر الغش على التزام البنك وذلك من خلال القواعد التي وضعها، والتي عالجت فيها الضمانات المستقلة في نص المادة 19 منها تحت عنوان "الاستثناءات من التزام السداد على الغش أو التعسف الظاهر المانع من الوفاء". فقد أقر الفقه والاجتهاد الفرنسي الى استثناء استقلالية التزام البنك في خطاب الضمان عن جميع الروابط العقدية الأخرى مفاده أن هذه الاستقلالية تتعطل عند توفر الغش أو التعسف تماشيا مع قاعدة "الغش يفسد كل شيء" إذ أن هذه القاعدة استقرت في مجال التجارة الخارجية.

فقد خلت اتفاقية الأمم المتحدة من تعريف للغش أو التعسف الظاهر من المستفيد وإنما اكتفت فقط بالنص على حالاته، وثار التساؤل حول مفهوم الغش المانع من الوفاء للمستفيد

فهل يشترط لوجود الغش أن يكون فقط بوسائل احتيالية أم أن مجرد طلب المستفيد بالوفاء بمبلغ الضمان مع قيام العميل بكافة التزاماته يعد غشا ولو لم تصدر من المستفيد وسائل احتيالية؟

يكن الغش في سوء السلوك والتصرف الخاطئ من المستفيد وذلك باستخدام طرق احتيالية، فالغش يقف كعقبة أمام المستفيد في المطالبة بالوفاء، لأن حسن النية هو الأصل الذي يجب أن يسود المعاملات الدولية، ووصفه البعض بأنه المكر والخديعة والحيل التدليسية فهو مخالفة واضحة من المستفيد لالتزاماته وهو سبب منطقي واستثناء على مبدأ استقلال التزام البنك بالوفاء .

ذهب الفقه في محاولات عدة لإيجاد توضيح لحالة الغش والتعسف الظاهر هدفه منع البنك الضامن من الوفاء ودفع قيمة الضمان ، وانقسم الفقه في سبيل تحديد المعنى المقصود من الغش إلى قسمين الأول كان موسعا لمفهوم الغش والأخر جاء مضيقا لمفهوم الغش المانع من الوفاء سنعرضها كما يلي :

- الاتجاه الموسع لمفهوم الغش المانع من الوفاء:

فمحتوى هذا التوسع لم يقتصر على مجرد استعانة المستفيد بطرق ووسائل تدليس احتيالية في سبيل صرف خطاب الضمان إلى المستفيد بل امتد أثره ليشمل كل مطالبة من المستفيد لتسهيل الخطاب بسوء نية ويهدف الإضرار بالعميل الأمر وغياب حق المستفيد في الحصول على مبلغ الضمان ، أي أن طلبه يقتقد إلى الأساس القانوني

- أما الاتجاه الضيق :

فقد ضيق في مفهوم الغش بحيث يقتصر على غش المستفيد بالمعنى التقليدي دون التطرق إلى حالة التعسف الظاهر من المستفيد في طلب قيمة الخطاب، فجوهر هذا الاتجاه هو تقليل الحالات التي من شأنها المساس بمبدأ الاستقلالية الذي بني عليها هذا الخطاب .

فقد حاول هذا الاتجاه التضييق في مفهوم الغش المانع من الوفاء بحيث لا يمتد إلى الطلب التعسفي وإنما يقتصر فقط على الغش المصحوب بوسائل احتيالية، فالتوسع في مفهوم الغش حسب هذا الاتجاه من شأنه أن يعطل الوظيفة المرجوة من الضمانات كأحد طرق ضمانات البنك بطريق التوقيع بدلا عن التأمين النقدي وجعله تابعا للالتزام الأصلي بين العميل والمستفيد الأمر الذي يخالف ما استقر عليه العرف المصرفي الدولي، ويخلق رابطة بين خطاب الضمان والعقد الأصلي وهذا يتعارض مع مبدأ استقلال البنك الضامن .

- الشروط الواجب توافرها في الغش المانع من الوفاء :

- أن يكون الغش ظاهرا وواضحا وثابتا بدليل غير متنازع عليه :

حيث أجمع الفقه والقضاء على ضرورة وضوح الغش ولا يحتاج لإثبات تكميلي للقطع به ولا يحتاج الغش إلى عنصر خارجي ، فثبوت الغش وظهوره بدليل لا يقبل المناقشة هو الأساس الذي يعتمد عليه شرط الوضوح حتى يتمكن البنك الضامن الامتناع عن الدفع، أما إذا كان الغش غير واضح كأن لم يكن ثابتا بدليل قطعي على غش المستفيد فلا يجوز الأخذ به ، فالغش غير الواضح هو الغش الذي لم ينجح العميل الأمر في إثباته أو كان مجرد ادعاء من العميل الأمر لإعاقه حصول المستفيد على حقوقه كاملة ، فسوء النية لا يفترض وهذا ما أكدته المادة 01/19 من اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1995 بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة عندما أشارت إلى ضرورة كون إساءة ممارسة الحق في المطالبة بمبلغ الخطاب واضحة بصورة لا تحتمل الشك بقولها "إذا كان من البين الواضح".

-أن يصدر الغش ممن يحتج به عليه:

وهو الشخص الذي يصدر منه الغش وهذا الشرط كان محل خلاف ، وظهر رأيان الأول أخذ بالمعيار الشخصي في الغش وجوب اقتصر الغش في عمل المستفيد نفسه، فالغش المانع من الوفاء والذي يعتبر استثناء على المبدأ العام لا يشمل الغش الصادر من الغير فلا بد أن يقتصر الغش على أي عمل من جانب المستفيد بقصد الحصول على ما ليس له حق فيه بحجة أن الغش المانع من الوفاء في خطاب الضمان يقتصر على غش المستفيد نفسه دون غيره ،
- حالات الغش طبقا لاتفاقية الأمم المتحدة:

حددت المادة 19 من اتفاقية الأمم المتحدة الحالات التي يمتنع فيها البنك عن الوفاء للمستفيد وهذه الحالات لا تقتصر على مجرد صدور غش من المستفيد عن طريق الاستعانة بوسائل احتيالية وانما تمتد لتشمل كل مطالبة يندم فيها الأساس القانوني بمعنى المطالبة التي تقوم على التعسف الظاهر. ومن خلال نص المادة 19 من الاتفاقية فهناك حالتين أساسيتين للغش هما :

-حالة تزوير المستندات :

نصت على هذه الحالة المادة 1/19/أ على أنه " إذا كان من البين الواضح" أن: -أي مستند مقدم مزور أو أن السداد لم يكن مستحقا على الأساس الوارد في المطالبة والمستندات الداعمة أو أن المطالبة بحكم نوع التعهد وغرضه ليس لها أساس يمكن تصوره .

فیشترط أن يكون المستند المقدم مزورا غير معبر عن الحقيقة سواء كل ما جاء به أو بعضه وسواء تمثل الغش في تزوير المستندات أو عدم صحتها ، ولقد نصت الاتفاقية على حالتي المستندات المزورة والتي جرى بعد ذلك تزييفها بإدخال بعض التزوير عليها سواء بالحذف أو بالتغيير أو بالإضافة .

-حالة عدم وجود أساس للمطالبة :

وذلك عندما يتبين للبنك الضامن عدم وجود أي أساس قانوني للمطالبة بالوفاء وهذا ما نصت عليه 2/19 على عدة أمثلة كمايلي :

عدم وقوع الخطر أو الحدث الصادر من أجله خطاب الضمان بنصها " حيث لا يكون هناك شك في عدم وقوع الحادث أو الخطر الاحتمالي الذي أريد بالتعهد أن يؤمن المستفيد من وقوعه " وكذا بطلان عقد الأساس بموجب حكم محكمة أو تحكيم وهي حالة من حالات انعدام الأساس القانوني للمطالبة بالدفع حسب المادة 19 ف 2/ب .

ثالثا -أنواع خطاب الضمان والعلاقات الناشئة عن إصدار خطاب الضمان :

1-أنواع خطاب الضمان :

تختلف صور خطاب الضمان وتتعدد أشكاله بحسب العلاقة الرابطة ما بين العميل والمستفيد، وتتكيف بحسب تنوع المعاملات والتي تضمها والتي تعد السبب في العلاقة الرابطة بين البنك مصدر خطاب الضمان والعميل الأمر. وخطابات الضمان الشائعة في الحياة العملية يمكن تصنيفها إما خارجية أو داخلية.

- خطاب الضمان الخارجي الدولي (الخارجي):

ونميز في هذه الحالة بين خطاب الضمان الصادر لصالح المستفيد المقيم في الجزائر وهنا يفترض أن العميل يكون غير مقيم في الجزائر والعكس، والإقامة ليس المقصود منها الجنسية، وإنما حسب المادة 125 من قانون قانون النقد والقرض بنصها " يعتبر مقيما في الجزائر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته الاقتصادية في الجزائر ويعتبر غير مقيم في الجزائر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطاته خارج الجزائر " ودون النظر الى جنسية العميل .

-الحالة الأولى:

وهنا يجوز للعميل أن يطلب إصدار خطاب الضمان في البنك الأجنبي والتي يرسله بدوره إلى أحد البنوك الوطنية المتعامل معها حسب الأعراف الدولية ويطلب تسليمه للمستفيد وبعد التصديق عليه (يضم التزامه إلى التزام البنك الأجنبي، وفي أحيان أخرى لا يصدر البنك الأجنبي خطاب الضمان وإنما يطلب من البنك الوطني إصداره نيابة عن البنك الأجنبي وفي هذه الحالة يتعهد البنك الأجنبي بالدفع عند أول طلب وهو ما يسميه الفقه بالضمان المقابل.

-الحالة الثانية:

وهي خطاب الضمان لصالح مستفيد غير ضامن، ونجد هذه الحالة خاصة في عقود الاستيراد والتصدير ويكون المستفيد مثلا " مصدر أجنبي " والعميل مستورد في الجزائر " ويشترط المستفيد تقديم خطاب الضمان للبنك. وهنا يطلب البنك الوطني من أحد البنوك الأجنبية في بلد المستفيد والمتعامل معها إصدار خطاب الضمان والرجوع إلى البنك الوطني بقاعدة الوفاء بالمثل.

- خطاب الضمان الداخلي:

من بين الخطابات الضمان الشائعة في الحياة العملية يمكن تصنيفها من خلال:

- خطاب الضمان مغطى وغير مغطى:

ويقصد بـخطاب الضمان المغطى:

هو اشتراط البنك من العميل الأمر بتقديم مبالغ تسمى عادة "الغطاء" سواء نقدي ويكون في حساب خاص يسمى "احتياطي خطاب الضمان"، وقد يكون هذا المبلغ مغطى بصفة كلية أو بصفة جزئية " غطاء كلي أو جزئي" ، وقد يكون غطاء عيني في شكل تقديم رهون، تأمينات، أسهم، سندات تجارية، حصص، عناصر محل تجاري. ويقصد بـخطاب الضمان غير المغطى نتيجة لثقة البنك بالعميل نتيجة وجود تعاملات سابقة ولنقص المخاطر ولا يشترط البنك من العميل تقديم أي غطاء سواء نقدي أو عيني كمقابل له.

مع التأكيد أن البنك في خطاب الضمان لا يتعهد بضمان تنفيذ التزام عميله إذا تقاعس هذا الأخير في تنفيذه مثلما هو الشأن في الكفالة، بل يتعهد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين من النقود بغض النظر عن طبيعة التزام العميل أو مقدار مديونيته وبالرغم من أي معارضة قد يقوم بها العميل على أساس أنه مدين أصلي .

- خطاب الضمان المشروط وغير مشروط:

وتستشف هذه الصورة من حيث صيغتها الواردة في خطاب الضمان ، أما خطاب الضمان المشروط فهو خطاب ضمان مقيد بمجموعة من الشروط تكون عادة بتقديم مجموعة من المستندات، فيجوز تضمين خطاب الضمان بشروط متفق عليها مسبقا بين البنك والعميل مدعم بمستندات، وقد يتم تعليق التزام البنك المصدر لخطاب الضمان بالوفاء على تحقق هذه الشروط وتبرير طلبه بالوفاء والشرط هنا " تقديم المستفيد لمستندات ولا بد أن يكون الشرط مكتوبا وصریحا وواضحا في خطاب الضمان. أما بخصوص خطاب الضمان الغير مشروط فيظهر من خلال طبيعته وهو غير مقيد، ويسميه عادة الفقه في القانون "بخطاب الضمان المستوفى لأول بالطلب" وهو الأكثر انتشارا ففيه يلتزم البنك المصدر خطاب الضمان بالدفع لدى أول طلب من طرف المستفيد وتكون صيغته عادة "

نتعهد بالدفع لدى الطلب من طرفكم" وهذا تعزيز للقوة الائتمانية للعميل باعتبار أن خطابات الضمان حلت محل التأمين النقدي.

- خطاب الضمان من حيث المضمون أو من حيث الغرض:

فغالبا ما تفرض الجهات المختصة على المتعهد في مناقصة أو مزايمة بأن يقدم خطاب ضمان متى تبين لها حسن نيته أو جدية المتعهد أو لضمان حسن نية التنفيذ وكذا لضمان حقوقها في الصفقات التي تبرمها وجميع المخاطر المالية الناتجة عن الإخلال بالالتزام وعلى سبيل المثال:

-خطاب الضمان في الصفقات العمومية ينقسم بدوره إلى:

-خطاب الضمان في الصفقات العمومية الابتدائي أو المؤقت:

كما تسمى "بضمانات العرض" فيمكن للمتعاقد الاقتصادي الحصول من الإدارة صاحبة العرض على دفتر الشروط الذي يحدد موضوع المناقصة وشروطها ، فخطاب الضمان الابتدائي هو الضمان الذي يرفقه من يرغب في التعاقد ويمثل نسبة معينة من قيمته كدليل على جديته وحتى يطمئن المستفيد إلى عدم رجوع مقدم العرض عن عرضه بتقديم هذا النوع من الخطاب الذي لا يمكن أن يقل عن نسبة محددة مئوية من مبلغ التعهد، ويعتبر مؤقت لأنه محدد بمدة زمنية قصيرة تتراوح ما بين ثلاثة وستة أشهر وينتهي مفعوله إما بعدم رسو المزايمة أو المناقصة أو رسوها على المتعهد ، ويتميز هذا النوع أنه عادة يكون مؤقت إلى غاية رسو المناقصة.

-خطاب الضمان النهائي "ضمان حسن التنفيذ" :

ويكون هذا النوع في حالة رسو المناقصة على العميل والذي قدم مسبقا خطاب الضمان المؤقت أو الإبدائي ، ويكون هذا النوع محددًا عادة بنسبة مئوية لقيمة العقد والتي يحددها المرسوم الخاص بالمناقصة وهذا من أجل حسن التنفيذ ولتغطية المخاطر العملية ، ويبين فيه العميل القدرة على تنفيذ العقد وحافزا لتجنب المتعاقد الإخلال بشروط العقد وقدرة العميل المالية على تنفيذ العقد .

-خطاب الضمان رد الدفعات المسبقة:

فمن أجل تمكين العميل من إتمام الصفقة موضوع التعاقد وإنجاز العمل فيجوز للجهة صاحبة المشروع طلب خطاب الضمان على أن تقوم بتعجيل الدفعات، لأنها في الأصل صاحبة المشروع لا تستلزم لدفع المقابل إلا بعد انجاز المشروع المتفق عليه ولكن بقصد مساعدة هذا العميل فيجوز لها ذلك، والتسبيق هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة .

وهناك أنواع أخرى نذكر منها على سبيل المثال:

خطاب الضمان الجمركي وخطابات الضمان الملاحية: ففي عمليات الاستيراد والتصدير وبقاء البضائع في المستودعات قبل إعادة تصديرها ولمدة طويلة، فيجوز لمصلحة الجمارك أن تطلب خطاب الضمان وتصبح هي المستفيدة من طرف مالك هذه البضاعة من أجل دفع الرسوم أو تحصيل مبالغ تحددها إدارة الجمارك.

2- العلاقات الناشئة عن إصدار خطاب الضمان من طرف البنك:

باعتبار أن العقد الأصلي (عقد الأساس) الذي يربط بين العميل والمستفيد وهو طالب خطاب الضمان يعتبر العلاقة الأولى والممهدة لإصدارها ، وينشأ بسببها لمصلحة المستفيد ويصبح البنك المصدر طرفا أصيلا أو مدين أصيل وليس نائب عن العميل نميز بين العلاقات الناشئة التالية :

-العلاقة القائمة بين البنك مصدر خطاب الضمان والعميل الأمر " فتح الاعتماد بالضمان" :

سماه الفقه في هذه الحالة بعقد اعتماد الضمان، فهدف خطاب الضمان هو تعزيز القوة الائتمانية للعميل وكبديل عن الائتمان النقدي ، فيلتزم بموجبه العميل بدفع العمولة مقابل خدمات مصرفية والتي تتناسب مع (مبلغ خطاب الضمان وصورته ومدته وطبيعة المخاطر التي يتحملها البنك وكذا الالتزام بعدم الاعتراض عن الدفع) ، فمهما كانت الدفع التي يقدمها العميل فلا تؤثر على التزام البنك لأنه التزام بات وقطعي فلا يجوز للعميل الاعتراض نتيجة

مطالبة المستفيد للمبلغ وهذا تأسيساً على مبدأ إستقلالية العلاقات التي يتميز بها خطاب الضمان. ولا بد أن يكون ذلك بعبارة واضحة مقروءة لأنه عادة ما تدرج البنوك بنود يشترط فيها البنك على أن يدفع للمستفيد قيمة خطاب الضمان عند أول طلب منه، ورغم أي اعتراضات مع وجود استثناء وحيد وهو حالة الغش الظاهر أو الخطأ الجسيم الصادر من المستفيد وهنا يجوز للبنك أن يعترض على الوفاء للمستفيد.

- العلاقة القائمة بين البنك الضامن والمستفيد:

من أجل حسن العلاقة التعاقدية باعتبار أن خطاب الضمان يقوم مقام التأمين النقدي فيطلب العميل إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد مع إلتزام العميل برد القيمة الواردة في الخطاب، وعند وصول خطاب الضمان للمستفيد يصبح إلتزامه (البنك) بات نهائياً، مع تأكيد أن المدة في خطاب الضمان جد هامة والتي تعبر عن الحد الأقصى لنفاذها وخلالها يتقدم المستفيد لاستحقاق المبلغ النقدي وإلا تحمل نتائج تأخره في المطالبة بالوفاء، فلا بد لخطاب الضمان أن يتضمن تاريخ بدأ النفاذ وتاريخ الاستحقاق ،

أما بالنسبة للمستفيد فلا بد له أن يطالب بقيمة خطاب الضمان خلال مدة سريان وصلاحيه خطاب الضمان وإلا سقط حقه في الحصول على المبلغ النقدي، إلا في حالة تمديد خطاب الضمان وموافقة البنك على التمديد قبل حلول تاريخ انتهاء التاريخ الأصلي المحدد في العقد.

وعليه فوفاء البنك بالتزامه فيه براءة في مواجهة المستفيد ومن ثم له الرجوع على العميل بقيمة المبلغ المدفوع، وحسب نوع الخطاب سواء الجزئي أو الكلي وتبقى قيمة خطاب الضمان ملكاً للبنك إلى غاية مطالبة المستفيد بالوفاء بالمبلغ النقدي لأن حق المطالبة من المستفيد في هذه الحالة هي حق شخصي وفق شروط العقد.

المحور الثالث : الكفالة المصرفية

أولا-تعريف الكفالة المصرفية وخصائصها

1- تعريف الكفالة المصرفية

-التعريف الفقهي:

الكفالة المصرفية 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 الإلتزام. وعرفها جانب آخر بأنها " عقد يكفل بموجبه الكفيل تنفيذ الإلتزام إذا لم يف به المكفول".

وعرفها جانب آخر بأنها " تعهد كتابي يصدر من البنك بناء على طلب عميل طالب الإصدار أو المكفول يتعهد البنك بموجبه بدفع مبلغ نقدي لا يتجاوز قيمة الكفالة خلال مدة محدودة وأن هذا الدفع غير معلق على شرط ما لم تنص الكفالة في متنها على توفر شرط يعلق على تنفيذها".

. وعليه فالكفالة البنكية تتمثل في ضم ذمة البنك الكفيل الى ذمة عميله في ضمان الوفاء بالالتزام المكفول .

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.

-التعريف التشريعي :

لم ينص المشرع الجزائري على أحكام خاصة بالكفالة المصرفية وتسري عليها عموما القواعد العامة لعقد الكفالة التي نظمها القانون المدني في المواد 644 الى 673 مع مراعاة الاحكام الخاصة باعتبارها عملا مصرفيا وتسري عليها مقتضيات العرف المصرفي .واكتفى المشرع الجزائري بتعريفه للكفالة في إطار القواعد العامة في المادة 644 ق.م فقد عرفت الكفالة على أنها:" الكفالة عقد يلتزم بمقتضاه شخص تنفيذا التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام اذا لم يف به المدين نفسه". و يُفهم من النص أن الكفالة في القانون الجزائري ترتكز على التزام أصلي وتعمل على ضمان الوفاء به، وهي بذلك تابعة للإلتزام الأصلي في وجوده وانقضائه، وصحته وبطلانه بل وفي أوصافه. فهي ترتب التزاما شخصا في ذمة الكفيل، محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين وانضمام ذمة مالية أخرى الى ذمة المدين في ضمان تنفيذ الإلتزام .كما نستنتج من هذا التحليل المختصر لنص المادة 644 من القانون المدني الجزائري أن الكفالة في ظل القانون الجزائري هي عقد تأمين شخصي يلتزم بموجبه الكفيل بالوفاء بالتزام المدين متى عجز هذا الأخير عن أدائه إلى دائنه وذلك بضم الذمتين. 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..

2 -خصائص عقد الكفالة المصرفية:

-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 .

-الطابع التبعية للكفالة البنكية (خاصية التبعية):

حيث أن التزام البنك الكفيل يتبع الإلتزام الأصلي لأن إلتزام البنك هو تابع للإلتزام 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 إلتزاما 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 الا عند قيامه صحيحا ولا ينشأ مستقلا بنفسه . وبالتالي فلا تنعقد الكفالة الا اذا صح الالتزام الاصيلي الذي تكفله وهي مرتبطة بصفة مباشرة به في صحته ومحتواه واثاره، ولا يشترط أن يكون الالتزام الاصيلي سابقا على نشوء التزام البنك فقد يكون دين مستقبلي بشرط أن يكون محددًا أو قابلاً للتحديد في مقدار الكفالة .

كما أن التزام الكفيل (البنك) لا يتجاوز التزام العميل الاصيلي 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 الاصيلي . كما أن الدائن المستفيد يرجع على المدين الاصيلي (العميل) أولاً ثم على الكفيل بعد أن يثبت تقاعسه واخلاله بالالتزام .

ولا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا في حين أن الالتزام الاصيلي معلق على شرط واقف أو مضاف إلى أجل، في حين أنه في الاوراق 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 خاصة تبعية التزام الكفيل للالتزام الاصيلي 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 اكبر وبشرط أشد، مع تمسك الكفيل بالدفوع التي للمدين الاصيلي وإذا بطل الالتزام الاصيلي فإن التزام الكفيل يسقط، كما لا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان الالتزام الاصيلي معلقا على شرط أو مضافا لأجل .

، ومن نتائج تبعية عقد الكفالة المصرفية أن التزام البنك لا يكون صحيحا إلا إذا كان التزام المدين المكفول صحيحا، ويجب أن يكون التزام البنك معينا نافيا للجهالة أي تحديد التزام الكفيل بدقة في الكفالة المصرفية ومقدارها وتاريخ بدايتها ونهايتها والقيمة المحددة، وضرورة تحديد نطاق الكفالة ولا تكتفي بضمان أصل بل ملحقات والمصروفات اي القيمة تكون محددة ومبينة بوضوح . وللكفيل (البنك) اذن التمسك بجميع الدفوع التي يتمسك بها المدين الاصيلي (العميل) .

. كما يترتب على تبعية الكفالة للالتزام الاصيلي بعض النتائج من أهمها:

-أن الكفالة لا تنعقد إلا إذا صح الإلتزام الاصيلي الذي تكفله، وببطلانه تبطل بدورها. ولا يعني بالضرورة أن يكون سابقا لها، فالدين الذي ينشأ مستقبلا وإن كان غير محددًا في مدته وطبيعته تصح كفالته، ويكفي أن يكون محددًا 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.

-موضوع إلتزام الكفيل (البنك) في عقد الكفالة هو نفسه موضوع إلتزام المدين الاصيلي:

على اعتبار إلتزام كل من الكفيل والعميل بدين واحد، اما خطاب الضمان فهو أداء مبلغ نقدي محدد وليس نفس إلتزام العميل في عقد الأساس (أكبر، يساوي، أقل).فارتباط إلتزام 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 الاوجه 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 الإلتزام الاصيلي 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".

- الكفالة المصرفية عقد ملزم لجانب واحد:

لأن البنك الكفيل يتحمل بمفرده الالتزام الذي ينشؤه 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 ويضلل المدين في هذا الالتزام بعيدا عن هذا العقد، وهي عقد يفترض وجود التزام أصلي ويكون التزام الكفيل ضمانا لتنفيذ هذا الالتزام، ومع أنه يرتب أثارا في جانب الكفيل فقط فهو لا يعني بذلك أن لا تكون الكفالة مصدرا للالتزامات متبادلة وملزمة لجانبين.

- 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 ووضعته المالي، ذلك أن الضمان لا يمنح حتى مقابل العوض إلا بناء على علاقة تقوم على الثقة بين الكفيل والمدين لأن الكفالة تغطي شخصا لا دينا بالذات، فالبنك يلتزم وفاء دين عميله إذا لم يف به الأخير كتقوية ضمانات الوفاء بدينه.

ثانيا- العلاقات الناشئة عن الكفالة المصرفية:

إذا كان إصدار الكفالة يرتب التزاما على عاتق البنك فهو يرتب كذلك التزاما على عاتق المستفيد الذي يلتزم بالرجوع إلى المدين الأصلي قبل الرجوع على البنك مباشرة .

-التزامات البنك الكفيل :

- دراسة وضعية العميل :

يقوم البنك بدراسة وضعية العميل (الملاءة، السمعة، الاستعلام عن العميل ...) وباستخدام وساطته بين طرفي العقد الأصلي والمتمثلة في تعهده بتنفيذ الإلتزام ككفيل عن العميل المكفول في حالة عدم الوفاء (عدم وفاء العميل بالتزاماته المحددة في العقد الأساس)، وهنا لا بد من تحديد نطاق الكفالة من حيث المدة والنطاق (...) هذا فيما يخص البنك.

- ضمان تنفيذ التزام المدين وذلك بالوفاء في حالة تخلف هذا الأخير عن الوفاء به بنفسه :

ويقع هذا الإلتزام 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 اسم 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 فالالتزام البنك لا يكون باتا ولا قطعيًا ولا يصبح بموجبه مدينا أصليا وإنما هو مجرد كفيل في حالة اخلال العميل بتنفيذ التزامه.

-التزامات الدائن:

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

-ضرورة تسليم الكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين.

- الإلتزام بنقل التأمينات الضامنة للمدين إلى الكفيل تطبيقا لنص المادة 659 وما يليها من القانون المدني .

ثالثا- صور الكفالة المصرفية:

باعتبار الكفالة المصرفية من أهم صور الضمانات التي تعزز القوة الإثباتية عن طريق ضم ذمة إلى ذمة أخرى بهدف ضمان الوفاء بالالتزام فهي في أغلب الأحيان تتميز ببساطة اجراءاتها ، وقد نضمها المنشور الصادر عن غرفة التجارة الدولية 1992 والمعمول به عالميا بداية من جانفي 1993 والمعدل في سنة 2010 فهي الصورة نموذجية والاكثر

انتشارا كأداة لمنح الائتمان وهناك عدة صور في مجال التجارة الدولية (عقود التجارة الخارجية) وكذا التجارة الداخلية نعرضها كالآتي:

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

(نقصد بها النشاط الاقتصادي) وتتحقق هذه الصور عند طلب الكفالة من عميل مقيم من بنكه المحلي اصدار كفالة لصالح مستفيد غير مقيم في حالة وجود صفقات دولية ويطلب منه المستفيد تقديم كفالة بمقدار الأقساط المؤجلة وعملا بمبدأ المعاملة بالمثل يطلب البنك المحلي من البنك الأصلي التوسط بينه وبين المستفيد نظام 02-93 (صادر عن بنك الجزائر متعلق بعقود الضمان).

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

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

- 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.

- الكفالة المصرفية في مجال المناقصات:

هناك عدة صور مختلفة حسب الغرض فهناك كفالة مصرفية ابتدائية (كفالة الدخول في الغطاء) فقصد الدخول في مناقسته 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).

المحور الرابع :عقد الترقية العقارية

أولا-تعريف الترقية العقارية والشروط العامة لممارسة مهنة المرقي العقاري :

1-تعريف الترقية العقارية :

عرفت بأنها "النشاط الذي يقوم به في أي شكل وبأي طريقة شخص طبيعي أو معنوي من أجل انجاز أو تجديد مباني بغرض بيعها أو تأجيرها أو استعمالها لتلبية حاجيات خاصة ملتزما بأخذ زمام المبادرة والعناية الرئيسية في عملية الإنجاز أو التجديد، وبأن يباشر بنفسه 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 العقار أو المتعلقة به مثل بيع العقار أو تأجيرها، اعداد نظام الملكية المشتركة، بناء العقارات أو هدمها وإدارة الشيوخ وتسيير العقارات بغض النظر عن نوع العقار وطبيعته والهدف منه" فقد تطرق المشرع الجزائري في المادة 14 من القانون 04-11 على أنه "يشمل نشاط الترقية العقارية مجموع العمليات التي تساهم في إنجاز المشاريع العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية الحاجات الخاصة يمكن أن تكون هذه المشاريع العقارية محلات ذات استعمال سكني أو مهني وعرضيا يمكن أن تكون محلات ذات استعمال حرفي أو تجاري".

فالنشاط العقاري يشكل كل المعاملات والتصرفات القانونية الواردة على العقار أو المتعلقة به مثل بيع العقار وتأجيرها وإعداد نظام الملكية المشتركة وإدارة الشيوخ العقاري وقسمته، أما الترقية العقارية فهي جزء من النشاط العقاري وتشكل إلا مظهرا من مظاهر هذا النشاط ، وحتى يعتبر النشاط العقاري ترقية عقارية لا بد من توافر شروط وهي:
-أن يكون النشاط منصبا على عملية البناء بصفة عامة أي الإنجاز والتجديد والتهيئة والإصلاح 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) .

2- الشروط العامة لممارسة مهنة المرقي العقاري:

المرقي 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 او معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة او ترميم او إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة او تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات او تهيئة او تأهيل الشبكات قصد بيعها او تأجيرها". وكذا المادة 18 من القانون نفسه "يعد مرقيا عقاريا في مجموع الحقوق والواجبات مرقي الترقية العقارية المخصصة حصرا للبناء و/أو للتجديد العمراني قصد بيعها " .

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

-إن المرقي العقاري شخص مهني :

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

-إن المرقي العقاري هو من يتولى المبادرة بعمليات انجاز مشاريع البناء الجديدة وغيرها من الاعمال 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.

-إن المرقى العقاري وبحسب أهمية مشروعه العقاري ملزم بالاستعانة بمقاول مؤهل قانونا بناء على عقد مقابولة 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 المرقى العقاري من هذه الممارسة المهنية تكمن في بيع أو ايجار ما تولي المبادرة بإنجازه مما يضفي الصفة التجارية على النشاطات التي يمارسها الا ان يكون قد قصد من مبادرته تلبية الحاجات الخاصة.

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

-وجوب أن يكون المرقى 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 المرقى العقاري مهارات مهنية في هذا المجال وان تكون له المعارف التقنية والامام بقواعد البناء والتعمير والاحكام المنظمة لنشاط الترقية العقارية وقد دعم المشرع الجزائري المادة أعلاه بالقرار الوزاري المشترك لسنة 2012 يتعلق باثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري "القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 6 ديسمبر 2012 يتعلق باثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري ج ر عدد2 الصادرة سنة 2013 .

-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 " .

-الاعتماد والتسجيل في السجل التجاري: حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 04 من القانون 04-11 سالف الذكر على أنه "لا يمكن الترخيص الا المرقين العقاريين...المسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية" ، ولذا فحتى يمارس المرقى 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 المرقى العقاري هذه الصفة قبل ممارسته لنشاطات الترقية العقارية .

ويتم التسجيل في السجل التجاري وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-111 المؤرخ 03/05/2015 حيث تم ذلك بناء على طلب ممضى ومحزر على استمارة يسلمها المركز الوطني للسجل التجاري مرفق بالوثائق التي تطلبها القانون .
-أن لا يكون محل متابعة جزائية: فيشترط في من يرغب في ممارسة مهنة المرقى العقاري ألا يكون محل للمتابعة الجزائية وفق ما نصت عليه المادة 20 من القانون 04/11.

-الحصول على الاعتماد المسبق :

ففي اطار تطبيق القانون 04-11 المذكور أعلاه تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 12-84 السابق الذكر على أنه "تخضع مهنة المرقى العقاري الى الحصول المسبق على الاعتماد..."

ولذا فان الحصول على الاعتماد هو شرط هام لممارسة مهنة المرقى العقاري وبدونه لا يمكن لأي شخص أن يمارس هذا النشاط أو حتى يدعي صفة المرقى العقاري والا تم اعتباره منتحلا لهذه الصفة ، وفي هذا الصدد تعاقب المادة 77 من القانون رقم 04-11 السابق الذكر كل شخص يمارس مهنة المرقى العقاري بدون اعتماد طبقا لأحكام المادة 243 من الامر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1366 والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم وفي حال أدت هذه الممارسة غير القانونية الى النصب يحيل القانون الى تطبيق احكام المادة 372 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

-الشروط القانونية لطلب لاعتماد :

تطرق المشرع الجزائري الى اعتماد المرقيين العقاريين في الفصل الثاني في المادة 05 بموجب القانون 04/11 على أنه " يتم تسليم اعتماد المرقي العقاري وفق الشروط المبينة أدناه من الوزير المكلف بالسكن بعد موافقة لجنة اعتماد للترقية العقارية، وكما حدد المرسوم التنفيذي رقم 12-84 السابق الذكر شروط منح اعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري في نص المادة 06 منه المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-96 فلا يمكن لأي كان التقدم بطلب الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري ما لم يستوف الشروط الاتية :

-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 الممارسة كما نصت عليها أحكام المادة 20 من القانون رقم 04/11 المذكور وكل من تعرض لعقوبة بسبب ارتكابه بعض الجرائم كالتزوير، السرقة، وإخفاء المسروقات ، خيانة الأمانة، التفليس ، ابتزاز الأموال النصب ، إصدار الشيك بدون رصيد ، رشوة موظفين عموميين ، شهادة الزور ، اليمين الكاذب ، الغش الضريبي و، غيرها من الجرائم التي نصت عليه المادة 20 من القانون 11-04 المذكور أعلاه، ونلاحظ ان هذه الموانع لاتعد تضييقا على مهنة المرقي العقاري بل بالعكس هي تكرس الممارسة والمنافسة النزيهة في هذا المجال نظرا لكون هذا النشاط مركب وتتلقى فيه العديد من المصالح كما انها تحمي كل من يتعامل مع المرقي العقاري .

-أن يثبت وجود موارد مالية كافية لانجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية .

توضح كيفيات تطبيق هذه المطلة بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالسكن .

-أن يتمتع بحقوقه المدنية .

-أن يكتتب عقد تأمين ضد العواقب المالية والمسؤولية المدنية والمهنية لنشاطاته.

-أن يثبت كفاءات مهنية ترتبط بالنشاط .

-بالنسبة للشخص المعنوي :

-أن يكون خاضعا للقانون الجزائري .

-أن يثبت وجود موارد مالية كافية لانجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية .

-أن يقدم المالك أو المالك ضمانات حسن السلوك وعدم الوقوع تحت طائلة عدم الكفاءة أو أحد موانع الممارسة كما نصت 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 ضرورة تقديم اثبات وجود المحلات عند التسجيل في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين .

-التسجيل في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين والاثار المترتبة عنه:

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

عدل المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المؤرخ في 20 فيفري سنة 2012 بموجب مرسوم تنفيذي رقم 243/19 المؤرخ في 8 سبتمبر سنة 2019 الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين ، ج ر عدد 55 ، صادرة بتاريخ 15 سبتمبر 2019. الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين

فحسب المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 243/19 ف"يسلم الوالي المرقي العقاري وفق الشروط المبينة أدناه بعد موافقة اللجنة الولائية لاعتماد المرقين العقاريين" ويخول الحق في ممارسة هذا النشاط عبر كامل التراب الوطني "، كما يجب أن يودع طلب اعتماد المرقي العقاري لدى "المديرية الولائية المكلفة بالسكن" مصحوبا بملف .

وحسب المادة 09 من نفس المرسوم التنفيذي فيتعين على الوالي الرد على طالبي الاعتماد الذين تتوفر فيهم الشروط المبينة في المادة 06 أعلاه في أجل ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ استلام الطلب " .

-اثبات 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 اخر يسمح بالقيام بنشاط المرقي العقاري، وان لم يكن ذلك يجب اثبات الاستعانة بصفة دائمة وفعلية بمسير تتوفر فيه هذه الشروط ويصدق ذلك على الأشخاص المؤهلين لممارسة الأعمال التجارية نظرا لان المشرع قد سمح لهم بممارسة نشاط الترقية العقارية وينطبق أيضا نفس الشرط على مسير الشخص المعنوي بالإضافة الى حسن سلوكه.

ثانيا عقود الترقية العقارية (عقد البيع على التصاميم)

1- تعريف وخصائص عقد البيع بناء على التصاميم :

استحدث المشرع الجزائري عقد البيع بناء على التصاميم إلا حديثا، وذلك من خلال المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 والمتعلق بالنشاط العقاري، وقد أبقى المشرع على هذا العقد في القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 والذي ألغى أحكام المرسوم التشريعي 03/93 حيث أحاط المشرع هذا العقد بجملة من الأحكام خاصة ما تعلق منها بتحديد حقوق والتزامات طرفي العقد. ولم يعرف المرسوم التشريعي 03/93 عقد البيع بناء على تصاميم رغم تنظيمه له، غير أن المشرع حاول تدارك هذا النقص في القانون رقم 04/11 سالف الذكر إذ جاء تعريف عقد البيع على تصاميم في المادة 28 من هذا القانون بقولها: "عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من بنائة مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقي العقاري ولفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الانجاز يحدد نموذج عقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم".

- خصائص عقد البيع على التصاميم طبقا للقواعد العامة:

وتعد هذه الخصائص من الخصائص المشتركة وغيره من العقود بصفة عامة الواردة في القانون المدني وهي :

-عقد ملزم للجانبين حيث يرتب التزامات متقابلة على طرفي العقد .

-عقد مسعى حيث خصه المشرع الجزائري بتنظيم قانوني خاص .

-عقد معاوضة حيث نصت المادة 98 من القانون المدني "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين باعطاء أو فعل شئ 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 والارضية التي شيد عليها البناء " .هذا ان عقد البيع على التصاميم لا ينعقد صحيحا الا اذا 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 .

-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، فالمكتب 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 شئ مستقبلي لكن بشرط أن يكون محقق الوجود بقولها "يمكن أن تكون محلا للالتزام الاشياء المستقبلية والمحقة"، 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 الانجاز هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الارض وملكية البنائيات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الاشغال وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الانجاز".

2-التزامات المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم :

-التزامات المرقى العقاري قبل استلام المقتني للعقار:

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

-الالتزام بالإعلام والتزيه والاشتهار عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار:

الالتزام بالإعلام يكون بتقديم كل المعلومات و المعطيات التي تساعد في تنوير المقتني حتى يبرم العقد. أشار المشرع للالتزام بالإعلام في المادة 47 فقرة 4 و 5 من القانون 04/11: "يجب على المرقى 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 و كامل لشركائه .

-السهر على صحة البيانات والمعلومات الواردة في الوثائق والقرارات والعقود المقدمة لمقتضيات النشاطات قصد تعزيز علاقاته التجارية مع المقتنين المستقبليين".

وقد ورد في المادة 30 من القانون 04-11 المعلومات التي يجب أن يتضمنها العقد المبرم بين المرقى العقاري والمقتني، وجاء فيها: " يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و28 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 حيث يلتزم المرقى العقاري بإشهار المشروع العقاري قبل أن يعرضه للبيع وذلك في البلدية المختصة إقليميا وذلك قبل أي عرض للبيع وبذلك يضمن المشرع علم الجمهور بهذا العرض والتقدم إلى المرقى العقاري من أجل إبرام عقد البيع على التصاميم، وينبغي على المرقى في مقابل ذلك عدم اللجوء إلى الإشهار الكاذب أو استغلال حسن نية أو ثقة المقتني والسهر على إعلام حقيقي. كما أضافت المادة 47 فقرة 4 بأنه يجب عدم اللجوء للإشهار 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 المرقى العقاري بإبلاغ المقتني ببيان أصل ملكية الارضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والشبكات وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء ". الالتزام بضمان الإعلام والتزيه وعدم الإشهار الكاذب:

يلتزم المرقى العقاري بموجب المادة 41 من القانون 04/11 بضمان الإعلام عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليميا وذلك قبل أي عرض للبيع.

-الحصول على ترخيص إداري:

لا يمكن للمرقى العقاري المبادرة بمشروع عقاري وبداية انجازه الا بعد الحصول على ترخيص اداري 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 .

-احترام مخططات التهيئة العمران:

فلا يمكن تشييد أي مشروع عقاري يتناقض مع مضمون مخططات التهيئة والتعمير المصادق عليها وأن تسعى كل عملية تجديد عمراني إلى جمال الإطار المبني ومطابقتها للمعايير العمرانية السارية ضمن احترام المخططات الموافق عليها من طرف السلطات .فلا يمكن انجاز إلا المشاريع العقارية التي تتطابق مع مخططات التعمير وتتوافق 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 الاثرية والحضائر الطبيعية ومحيطاتها المجاورة ، والتي تحترم الاقتصاد العمراني عندما تكون متواجدة داخل الاجزاء العمرانية في المدن وهذا قصد الارتقاء بالمجال الحضري وتحسين النمط العمراني .

-الاستعانة بخدمات مقاول :

حيث ألزم المشرع الجزائري جميع المرقين العقاريين بما فيهم الخواص على ضرورة ابرام 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 الايجار الاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع العقاري " ، ويرتبط المرقى مع المقاول بعقد مقاولة يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة ويخضع عقد المقاولة الى أحكام القانون المدني طبقا لنص المادة 549 من القانون المدني "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين ان يصنع شئ أو أن يؤدي عمل مقابل أجر يتعهد به للمتعاقد الاخر".

-الإعلام بالأسعار:

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

-الإلتزام بالإنجاز والمطابقة :

أشار القانون 04/11 إلى هذا الإلتزام بموجب المادة 17: " يتولى المرقى العقاري مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي تدخل في اطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل وكذا تنفيذ أشغال إنجاز المشروع العقاري" ، ويرتبط هذا الإلتزام 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.

كما أشار المشرع إلى هذا الإلتزام ضمنا في المرسوم التنفيذي 13-431 عندما نص على أجل التسليم في الملحق الخاص بعقد البيع على التصاميم على الإنجاز وفقا للمواصفات المطلوبة، حيث يتوجب على المرقى العقاري انجاز العقار وفقا للمعايير والقواعد المنصوص عليها قانونا مما يضمن سلامة و متانة البناء ، ويتجسد ذلك بالحصول على

شهادة المطابقة بعد اتمام الأشغال بصفة نهائية، ويكون المرقى العقاري ملزما بتسليم تلك الشهادة المقتني قبل حيازته للبنية طبقا للمادة 39 من القانون 04/11.

-الالتزام بنقل الملكية والتسليم:

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 يتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضوريا في نفس مكتب التوثيق قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البنية المنجزة من طرف المرقى العقاري طبقا للالتزامات التعاقدية " . والتي تلزم المرقى 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 والاشهار، ويجب أن يتضمن العقد كأي عقد التزامات طرفيه ومنها التزام المرقى العقاري بتسليم البناء في أجل محدد.

- الالتزام بإدارة العقار المنجز وتسليم نظام الأجزاء المشتركة:

ألزم المشرع من خلال القانون 04/11 المرقى 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 المرقى 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.

-الالتزام بالضمان:

يلتزم المرقى العقاري كأي بائع بأن يضمن للمشتري ملكية المبيع والانتفاع به، ولذلك ينبغي على المرقى 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 المرقى بكامل مسؤولياته في المجال العقاري لفائدة زبائنه، ويتعين عليه من أجل ذلك مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة.

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 المرقى لمساعدته في الجانب التقني والتنفيذي في عملية الانجاز. كما نصت المادة 556 من القانون المدني على أنه " يكون باطلا كل شرط يقصد 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 .

- إلتزام المرقى العقاري باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة :

يلتزم المرقى العقاري طبقا للقانون 04/11 بالاكتتاب لدى 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 المرقى العقاري باكتتاب التأمين لدى الصندوق دون أن يلزمه بالانضمام إليه.

ثالثا- عقد حفظ الحق:

1-تعريف وخصائص عقد حفظ الحق

القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية نص على عقد حفظ الحق من جديد وعرفه في الفرع الاول 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 المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء ، لصاحب حفظ الحق فور إنجازه 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".

ويتعين على المرقى العقاري بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر الاستلام المؤقت للبناءة أو لجزء منها بإعداد عقد بيع البناءة أو جزء من البناءة المحفوظة ، أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق طبقا لنص المادة 33 من نفس القانون. وعليه فان 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 الأشغال وتسديد المكتتب لثمن الجزء المنجز من البناءة وذلك بصفة دورية. ومن خلاله يتضح أنه عقد ابتدائي غير ناقل للملكية وانما يرتب التزاما بتخصيص العقار المقرر بناؤه أو في طور الانجاز للمقتني مقابل تسديد تسبيق نقدي .

-خصائص عقد حفظ الحق :

يتميز عقد حفظ الحق بخصوصية تميزه عن العقود الأخرى الناقلة للملكية العقارية وفقا للقواعد العامة

-أنه عقد ملزم لجانبيين:

عقد حفظ الحق يعتبر من العقود التبادلية طبقا للقواعد العامة لاسيما المادة 55 من القانون المدني باعتباره يرتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين ، فيلتزم المرقى العقاري بالقيام بكل ما من شأنه أن يجعل صاحب حفظ الحق يستفيد من العقار محل الحفظ إلى غاية إعداد عقد بيع البناءة أو جزء من البناءة محل حفظ الحق طبقا لنص المادة 27 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، يلتزم المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجازه، 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 .

- أنه عقد وعقد حفظ الحق لا يخضع لإجراءات الشهر العقاري على غرار عقد البيع على التصاميم :

وعقد حفظ الحق لا يخضع لإجراءات الشهر العقاري على غرار عقد البيع على التصاميم بحيث أنه يرتب بين أطراف العقد، أي المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق فقط التزامات شخصية تحكمها القواعد العامة وكذا القواعد الخاصة المنصوص عليها في القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

فيبقى المرقى العقاري مالكا للعقار محل حفظ الحق، والعقد الناقل للملكية هو ذلك العقد النهائي الذي يلتزم المرقى 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 .

-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 الى الملحق الثاني بالمرسوم المذكور نجد أنه قد ركز على بيانات الزامية أهمها تعيين العقار محل العقد ويتم تعيين العقار بتحديد الموقع الدقيق للبناء أو جزء من البناءة 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 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 تركز صيغة مراجعة الاسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة والا يتجاوز مبلغ مراجعة السعر 20 بالمائة كحد أقصى من السعر المتفق عليه.

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

وبالرجوع الى 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 الاملاك العقارية في عقد البيع على التصاميم الا أنه لم يبين دوره كضامن في عقد حفظ الحق .

2-التزامات المرقي العقاري في عقد حفظ الحق :

من خصائص عقد حفظ الحق أنه عقد ملزم لجانبيين 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 بالشراء ، و بالرجوع الى الفرعين الثاني والثالث من الفصل الثالث للقانون 04/11 سالف الذكر فنجد أن المشرع الجزائري قد نص على الالتزامات الملقاة على عاتق طرفي عقد حفظ الحق لذا سوف نتطرق للالتزامات كل من صاحب حفظ الحق والتزامات المرقي العقاري :

أدرج المشرع الجزائري الالتزامات في الفرع الأول من نفس الفصل تحت عنوان كفيات البيع ولاسيما نصوص المواد 27- 30- 31- 33 من القانون 04/11 .

- تخصيص العقار للمقتني و ابرام العقد النهائي لنقل الملكية خلال الاجل المتفق عليه :-

ذلك أن أهم التزام يقع على المرقي العقاري لدى ابرامه لعقد حفظ الحق مع المقتني هو تحويل ملكية العقار موضوع العقد عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ على ان يتم اعداد عقد البيع أمام الموثق، حيث حددت المادة 33 من القانون 04/11 للمرقي العقاري أجل اعداد عقد البيع وذلك بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على اثر الاستلام المؤقت للبنانية أو لجزء منها مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق ، كما أكد الملحق للمرسوم التنفيذي الذي حدد نموذج عقد حفظ الحق والذي تعرض للأجل التقديري للتسليم كبيان الزامي في العقد بنصه " تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به وطبقا لأحكام المادتين 31 و33 من القانون رقم 04/11 يلتزم المرقي العقاري بنقل ملكية الملك العقاري المتفق عليه لصاحب حفظ الحق في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر كحد أقصى على اثر الاستلام المؤقت للبنانية أو لجزء منها وذلك ابتداء من تاريخ التوقيع على هذا العقد ."

-عدم لجوء المرقي العقاري للاشهار الكاذب أو الاستغلال بأي شكل من الاشكال حسن نية أو ثقة المقتني والسهر على اعلام حقيقي .

-السهر على صحة البيانات والمعلومات الواردة في الوثائق والقرارات والعقود المقدمة لمقتضيات النشاطات قصد تعزيز علاقاته التجارية مع المقتنين المستقبليين .

-التزام المرقي العقاري بعدم المطالبة أو تلقي أي تسبيق أو ايداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها قبل توقيع العقد.

-الالتزام بعدم التأخير في التسليم الفعلي للعقار وان كان المشرع الجزائري قد نص عليه في عقد البيع على التصاميم وليس عقد حفظ الحق كما هو ثابت في نص المادة 43 من القانون 04/11 .

-ضمان الاعلام عن مشروعه العقاري في الاماكن المخصصة للاشهار في البلدية المختصة اقليميا وذلك قبل أي عرض للبيع .

-اتخاذ المرقي العقاري كل التدابير التقنية والقانونية الضرورية من أجل تسهيل التكفل بتسيير العقار المنجز وضمان الحفاظ عليه .

-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 الى 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 .

المحور الخامس : عقد الوكالة بالعمولة للنقل

أولاً: عقد الوكالة (تعريفها - انعقادها)

تطبيق القواعد العامة في عقد الوكالة حسب أحكام القانون المدني .

ثانياً :عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشياء

1-تعريفه وأركانه :

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". 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 متخصصاً فيها فله الخبرة والحرفية باسمه ولحساب موكله ، ويصبح طرفاً 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 تجارية لها امكانيات مادية تسمح له بتنفيذ العقد وهو من عقود التوسط . فالوكيل بالعمولة باعتباره متخصصاً في مجال النقل أكثر من الشاحن فيستطيع أن يتفاوض في شروط النقل وتنظيمه ومراعاة مصالح العميل لما له من معلومات متعلقة بوسائل النقل والمواعيد والقوانين والاتفاقيات الخاصة بالنقل.

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 " .

-خصائص عقد الوكالة بعمولة للنقل :

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

- عقد الوكالة بعمولة للنقل عقد رضائي:

يعتبر عقد الوكالة بالعمولة من العقود الرضائية التي تتم باتفاق الطرفين طبقاً للمادة 38 من القانون التجاري الجزائري ، ولا يختلف تكوينه عن غيره من العقود الأخرى إذ لا بد من توافر الأركان العامة للعقد من رضا ومحل وسبب . فلا يستوجب لانعقاده شكل معين فقد يكون في شكل تفويض أو وكالة وينعقد بموجب إيجاب وقبول بين الطرفين .

- عقد الوكالة بعمولة للنقل عقد تجاري:

فمن أهم ما تتميز به الوكالة بعمولة باعتبارها نوعاً من الوكالة التجارية أنها عملاً تجارياً بحسب الموضوع ولو وقع منفرداً 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 طبيعى أو معنوي ، وإذا مارسها بصفة متكررة واتخذها مهنة معتادة له اكتسب بموجبها صفة التاجر .

-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.

-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 شخصا أما إذا كان مرخصا له بذلك من الموكل بحسب العقد أو العرف التجاري فجاز له ذلك .

-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 امتيازاً يعطي له الحق في استيفاء حقه بالأولوية على غيره من دائي الموكل نظرا لما يتعرض له من مخاطر من وراء التزامه تجاه الغير .

-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 :

2-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 . وقد تكون التعليمات الزامية وهي التي تحدد شروط التعاقد بين الوكيل بعمولة والغير ولا يكون للوكيل السلطة التقديرية في التعاقد ولا بد من احترامها بكل دقة وبدون تعديل . أما التعليمات الإرشادية أو البيانية وذلك بأن يحدد أهدافا دون شروط تفصيلية والهدف منها ارشاد الوكيل لا الزامه بها والمهم هو مراعاة مصلحة الموكل .

-المحافظة على الأشياء المراد نقلها ابتداء من تسلمها :

فعملا بنص المادة 58 من القانون التجاري يفيد 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،

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.

كما يجوز إعفاء الوكيل بالعمولة للنقل من المسؤولية بموجب شرط طبقا للمادة 59 من القانون التجاري بقولها " يجوز للوكيل بالعمولة 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 إعفائه كلياً أو جزئياً من المسؤولية" ، ولا يختلف عما نصت عليه المادة 52 من القانون التجاري 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 علماً بما تحمله من نفقات ومصاريف ليضمن استرداد جميع المبالغ التي أنفقها وماتم تحصيله لحساب الموكل ،

كما لا يجوز للكيل بعمولة أن ينصب نفسه طرفاً ثانياً 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. 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 ومؤيداً بالمستندات اللازمة قصد إحاطة الموكل علماً بكل ما يتعلق بالصفحة 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 .

-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 كاملاً وبدون ضرر 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 المكنتات 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 معتاداً دون خطأ منه ، فإذا لحق الوكيل بالعمولة ضرر بسبب تنفيذ الوكالة جازله أن يطالب بالتعويض إلا إذا نشأ الضرر عن خطأ الوكيل بالعمولة .

3- ضمانات الوكيل بعمولة لنقل الأشياء :

طبقاً 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 :

-حق الحبس كضمانة للوكيل بالعمولة لنقل الأشياء :

، حسب 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 يقدم تأمين كاف للوفاء بالتزامه". 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 المرسل أو المسلمة أو المودعة لديه من جانب الموكل والمصرفات الإضافية . 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 .

وحسب المادة 202 من القانون المدني فينقض الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه غير أنه لحابس الشيء إذا خرج من يده بغير علمه أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ما لم تنقض سنة من وقت خروجه .

-حق الامتياز كضمانة للوكيل بالعمولة لنقل الأشياء :

فحق الامتياز أولوية يقرها القانون عملا بنص المادة 56 من القانون التجاري بقولها " إن للوكيل بالعمولة في نقل الأشياء الامتياز على قيمة البضائع المرسله 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 .

-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. وما دام 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 .

-4 مسؤولية الوكيل بعمولة لنقل الأشياء :

يسأل الوكيل بالعمولة عن عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية أو تنفيذه 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.. فالوكيل بالعمولة لنقل الأشياء مسؤول عن أفعاله الشخصية وكذا عن أفعال مستخدميه وكذا عن أفعال الناقل. غير أنه يجوز الاتفاق على إعفاء الوكيل بالعمولة كلية أو جزئيا من مسؤوليته شرط أن يثبت أن عدم التنفيذ أو الضياع يعود لسبب خارج عن إرادته مثل :

-القوة القاهرة وهي حادث لا يمكن توقعه ولا دفعه كالزلازل الخ .

-العيب المتعلق بالشيء والذي يؤدي إلى إتلافه أو تعييبه كليا أو جزئيا .

-الخطأ الصادر عن الموكل أو المرسل إليه حسب ما نصت عليه أحكام المادة 57 من القانون التجاري بنصها "يجوز إعفاء الوكيل بالعمولة كليا أو جزئيا من مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزاماته أو تنفيذه الناقص أو المتأخر بشرط أن يثبت أن ذلك ناشئ عن قوة القاهرة أو عيب خاص بالشيء أو عن خطأ منسوب إما لموكله أو المرسل إليه " وهذا يتعلق بإعفاء الوكيل بالعمولة من المسؤولية عن أفعاله الشخصية. وما نصت عليه المادة 59 من القانون التجاري

فيما يتعلق بمسؤولية الوكيل بالعمولة عن أفعال الناقل بنصها " يجوز للوكيل بالعمولة استنادا لاشتراط كتابي مدرج في سند النقل ومطابق للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل ومبلغ للموكل وفيما عدا الخطأ العمدي أو الجسيم المرتكب منه بذاته أو من مستخدمه أو الناقل أو مستخدم هذا الأخير وان يشترط إعفاهه كليا أو جزئيا من المسؤولية". ويمكن إعفاء الوكيل بالعمولة من المسؤولية بموجب بند مدرج في عقد الوكالة بعمولة أو في سند النقل ومطابق للقانون، كما يجب تبليغه للموكل . غير أنه لا يجوز الإعفاء من المسؤولية إذا صدر خطأ جسيم عن الوكيل بالعمولة أو من أحد مستخدميه أو من الناقل أو من مستخدم هذا الأخير.

ثالثا -عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص :

1- التزامات الوكيل بالعمولة :

عملا بنص المادة 69 من القانون التجاري 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 ،وتبعاً 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.

2-مسؤولية الوكيل بالعمولة :

-الإعفاء من المسؤولية :نكون أمام حالتين الأولى يجوز فيها الإعفاء 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 وفيما عدا حالة الخطأ العمدي أو الجسيم والمرتكب إما منه بنفسه أو من مستخدمه وإما من الناقل أو مستخدم هذا الأخير أن يشترط إعفاهه كليا أو جزئيا من مسؤوليته عن التأخير أو الأضرار غير البدنية الحاصلة للمسافر حسب المادة 72 من القانون التجاري .

وبموجب المادة 70 من القانون التجاري بنصها "يجوز إعفاء الوكيل بالعمولة كليا أو جزئيا من مسؤوليته من أجل عدم تنفيذ التزاماته أو الإخلال بها أو التأخير فيها بشرط أن يثبت أن ذلك ناشئ عن قوة قاهرة أو خطأ المسافر" .

-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 المادة 65 من القانون التجاري . 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 الجسمانية لا يجوز أن يكون محلا لأي اتفاق لأنه من الحقوق اللصيقة بالشخص ولأنه يقابله واجب عام يقع على جميع الأشخاص الآخرين بعدم الاعتداء عليه.