

تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد
**Determining the character of the contract is a means
to achieve the public interest of the contract**

صليحة بن علي

جامعة تيارت- الجزائر

saliha382016@gmail.com

تاريخ النشر: 2022/06/03

تاريخ القبول: 2022/04/23

تاريخ الإرسال: 2021/10/09

الملخص:

يظهر تدخل الدولة في مجال العقود من خلال ضبط صفة التعاقد بإعطاء السلطات الإدارية المستقلة صلاحيات تقرير منح الرخص من عدمه لكل من يطلب هذه الصفة كي يباشر إبرام العقود مع الغير، ولها حق توقيع جزاءات إدارية على إخلال طالب الرخصة، وهذا يدل على حرصها على تنظيم السوق الاقتصادية وما تبذله من مجهود لرعاية العلاقات التعاقدية وتحقيق المصلحة العامة لأفراد المجتمع.

لتكريس هذا التدخل في المجال الاقتصادي، قام المشرع بسن قوانين خاصة لتقييد حرية التعاقد وتوجيه العقد وجعله وسيلة حائية للمتعاقد الضعيف والهدف منها خدمة المصلحة العامة للطرفين، لهذا ضبط العلاقة التعاقدية بقواعد آمرة وقرر عقوبات صارمة للإخلال بها.

الكلمات المفتاحية: صفة التعاقد؛ السلطة الإدارية؛ العلاقة التعاقدية؛ منح الرخصة؛ المصلحة العامة

Abstract:

This stat's interference in the field of contracts appears by controlling the nature of the contract by granting independent administrative authorities powers to decide whether or not to grant licences to anyone who requests this capacity in order to begin concluding contracts with others, economic and its efforts to foster contractual relations and achieve the general interest of member of society.

To devote this intervention in the economic field, the legislator enacted special laws to restrict freedom of contract and direct the contract and make it a protective means for the weak contracting party with the aim of serving

تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد

the public interest of both parties, for this reason, the contractual relationship was set with peremptory rules and established severe penalties for its breach.

Keywords: Contracting capacity; Administrative authority; Contractual relationship; Granting the license; Public interest.

مقدمة:

يقتضي انتهاج الدولة لسياسة اقتصاد السوق فتح المجال للمنافسة الحرة، ومنه يكون كل شخص حر في تجارته وصناعاته في حدود عدم المساس بالسوق والمنافسة وتكريس المصلحة العامة لجميع المتعاقدين، مما دفع بالمشرع إلى التدخل بسن نصوص تنظيمية خاصة إضافة إلى ما ورد في الأحكام العامة، حيث تفرض ضوابط مسبقة لممارسة العديد من النشاطات بواسطة تحديد شروط اكتساب الشخص لصفة التعاقد، وهذا من خلال آليات متخصصة تتمثل في السلطات الإدارية المستقلة.

فلا يكون الشخص أهلاً للتعاقد إلا بعد حصوله على الرخصة أو الاعتماد من الإدارة المختصة حسب ما أقره القانون ويجب أن لا يقع تحت طائلة الموانع سواء منها المتعلقة بالأمر الإداري أو المتعلقة بالعقوبات الجزائية التي تفقده الحق في الرخصة المطلوبة، وبالتالي يتعرض للجزاء بمجرد الإخلال بالنصوص القانونية المتعلقة بكل نشاط على حدى.

بناء على ما سبق تطرح الإشكالية التالية: كيف ضبط المشرع اكتساب صفة التعاقد ليحقق المصلحة العامة من العقد؟

للإجابة على هذه الإشكالية لا بد من معرفة كيفية ضبط شروط التعاقد والموانع التي تحول دون اكتساب صفة التعاقد وجزاء الإخلال بها ومنه يتبين مدى تكريس المصلحة العامة من ذلك.

على هذا تم اعتماد المنهج التحليلي من أجل تدارس المواد القانونية المنظمة لبعض المهن بتحليلها وتفصيل ما جاء فيها من أحكام ذات صلة.

من أجل تفصيل ما سبق قسمت الدراسة إلى مبحثين؛ الأول بعنوان ضبط شروط التعاقد أساس تحقيق المصلحة العامة، حيث يتم فيه توضيح ذلك في مطلبين هما: أولاً: الاعتبار الشخصي- كشرط ضابط للتعاقد، ثانياً: الاعتبار الموضوعي كشرط ضابط للتعاقد، بينما عنوان المبحث الثاني هو موانع اكتساب صفة التعاقد وجزاء الإخلال بها، إذ قسم إلى مطلبين هما: الأول: الموانع الإدارية والجزائية لاكتساب صفة التعاقد، الثاني: جزاء مخالفة شروط اكتساب صفة التعاقد.

صليحة بن علي

المبحث الأول: ضبط شروط التعاقد أساس لتحقيق المصلحة العامة

تدخل المشرع لضبط شروط اكتساب صفة التعاقد في عدة عقود بمقتضى نصوص قانونية خاصة لضمان احترام قواعد السوق ويهدف من خلال ذلك تحقيق المصلحة العامة لكلا طرفي العقد.

وقد ركزت هذه النصوص الخاصة على اشتراط منح صفة التعاقد إلى الشخص ذاته طالب هذه الصفة، والزمته بعدم التصرف فيها بأي شكل كان كي لا يفقدها فيعرض للجزاء، مما يؤكد اهتمام هذه القوانين بالاعتبار الشخصي كشرط للتعاقد ما يتم توضيحه في المطلب الأول.

كما يشترط المشرع توافر مؤهلات علمية مدعمة بالمهارة والاحتراف في الشخص الممارس لهذه المهنة، بالإضافة إلى امتلاكه لقدرة مالية كافية يعتمد عليها في كسب ثقة وطمأنينة المتعاملين معه، وبهذا يكون الاعتبار الموضوعي بمكتسبات طالب صفة التعاقد له أهمية كشرط ضابط للتعاقد ما يفصل فيه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الاعتبار الشخصي كشرط ضابط للتعاقد

تجدر الإشارة إلى أن السلطة الإدارية تشترط لإبرام بعض العقود إلزام أحد المتعاقدين أن يكتسب صفة التعاقد كي يتعامل مع الآخرين، ويعتد في ذلك بالشخص ذاته كشرط لمباشرة هذه العقود، ما سيتم شرحه في الفرع الأول.

بالإضافة إلى شرط الاعتداد بالشخص ذاته لمباشرة التعاقد مع الغير، تلزم النصوص القانونية هذا المتعاقد أن يكون حاملا للجنسية الجزائرية كي يتسنى له الحصول على صفة التعاقد، ما يتضح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الاعتداد بالشخص ذاته لاكتساب صفة التعاقد

ضبط المشرع صفة التعاقد من خلال وضع تعريف لهذه الصفة التعاقدية وحدد شروطا لاكتسابها كحماية لكل من يتعامل مع حامل هذه الصفة من جهة وحفاظا للمصلحة العامة من جهة ثانية¹، نظرا لما تحمله هذه الصفة من خصوصية لصيقة بالمعاقد تقضي كل من لا يحمل تلك الصفة المعول عليها من طرف المشرع لضبط العلاقة التعاقدية².

لهذا وضع المشرع عدة تطبيقات لتحديد صفة المتعاقد فأوجب على الشخص الذي ينوي إبرام العقود في بعض المجالات معرفة حالة الطرف الآخر المتعاقد معه إذا كان حائزا لصفة التعاقد من عدمه.

¹ حسين محمد عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 14.

نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص 122-127.

² بعبي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018-2019،

تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد

لهذا ألزم النص القانون على كل من يتعامل مع المرقى العقاري أن يعرف حقيقة اكتسابه الشخصي. لهذه الصفة، حيث أوضحه المشرع بقوله: يعد مرقيا عقاريا حسب الفقرة 11 من المادة 4 من القانون الذي يحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، "كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها"¹.

ما تؤكد المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18 المحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري بقولها: "يكون اعتماد الوكيل العقاري شخصيا وقابلا للإلغاء، ولا يمكن التنازل عنه ولا يمكن أن يكون موضوع إيجار أيا كان شكله"²، وبالتالي يمنع عليه التنازل عن الاعتماد أو تحويله لكونه متعلقا بشخصه وأي تصرف فيه يؤدي إلى بطلان الاعتماد³.

وتوضحه المادة 34 من قانون 04-18 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية⁴ بقولها: "يمنح الترخيص بصفة شخصية ولا يمكن التنازل عنه للغير"، كما أشارت إلى ذلك المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 16-235 المتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية النقالة من الجيل الرابع (G4)⁵.

وصرحت به الفقرة 3 من المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 05-207 الذي يحدد شروط وكيفية فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه بنصها على أن: "رخصة الاستغلال شخصية، ولا يمكن أن تكون محل إيجار أو تحويل أو تنازل أو إيجار من الباطن"⁶، وتصيح الرخصة لاجية بالنسبة للشخص المعنوي بمجرد

¹ الفقرة 11 من المادة 4 من القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر ج العدد 14 المؤرخة في 6 مارس 2011.

² المرسوم التنفيذي رقم 09-18 المؤرخ في 20 يناير 2009، الذي يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري، ج ر ج العدد 06 المؤرخة 25 يناير 2009، المعدل والمتمم.

³ المادة 22 من القانون 04-11 ما يلي: "لا يمكن المرقى العقاري التنازل عن الاعتماد أو تحويله، ويؤدي كل تغيير في الشكل والتسمية وعنوان الشركة خلال نشاطها وكذا تغيير المسير إلى بطلان الاعتماد بحكم القانون".

⁴ القانون رقم 04-18 المؤرخ في 10 ماي 2018 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، ج ر ج العدد 27 المؤرخة في 11 ماي 2018، والذي يلغي القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 المتعلق بالقواعد العامة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج العدد 25.

⁵ نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 16-235 المؤرخ في 4 سبتمبر 2016، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية النقالة من الجيل الرابع (G4) واستغلالها وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة "اتصالات الجزائر للهاتف النقال شركة ذات أسهم" تنص على أنه: "الرخصة المذكورة في المادة الأولى شخصية ولا يمكن التنازل عنها أو تحويلها، إلا في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها".

⁶ تنص الفقرة الأولى من المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 05-207 المؤرخ في 2 يونيو 2005، الذي يحدد شروط وكيفية فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه، ج ر ج العدد 39 المؤرخة في 5 يونيو 2005 على ما يلي: "يجب ان يوضح القرار المتضمن رخصة فتح واستغلال المؤسسة، على الخصوص: لقب واسم أو أسماء المستفيد واسم الشركة وعنوان محل إقامة المؤسسة وموضوع النشاط ومدة صلاحية الرخصة. تسلم الرخصة إلى المعني شخصيا".

صليحة بن علي

تغيره¹، وأيضاً تكون رخصة وكالة السياحة والأسفار غير قابلة للتنازل ونقل الملكية حسب المادة 9 من القانون رقم 06-99 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار.

مما يدل على أن المشرع حريص على الاعتراف بالصفة الشخصية للمتعاقد لكي يحصل على صفة التعاقد من خلال حيازته للرخصة أو الاعتماد بطلبها من الإدارة المختصة، هذا كضمان لحماية المتعاملين مع هذا الشخص القائم بالنشاط، لأجل تكريس هذه الحماية ركز على ضبط هذه الصفة وتحديد نطاقها وأولي لها أهمية خاصة لأجل تحقيق المصلحة العامة لطرفي العقد.

الفرع الثاني: الاعتراف بجنسية الشخص للحصول على صفة التعاقد

تتجلى أهمية تحديد صفة التعاقد في حماية كل المتعاملين معه لهذا حصرها المشرع في شخص معين وضيق مجالها حين ربطها بالاعتبار الشخصي- و قرن شرط الحصول على الرخصة أو الاعتماد بالجنسية الجزائرية²، حيث يتقدم المتعاقد بطلبه إلى المصالح المعنية التي لها يعطيها القانون حق البت والتقرير في الطلب إما بالقبول أو الرفض بناء على توافر الشروط التي يتطلبها النصوص التشريعية المنظمة لهذه الأنشطة³.

تطبيقاً لذلك جاء في المادة 5 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 10-154 المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري أن: "تخصص مهنة الوكيل العقاري حصرياً للأشخاص الطبيعيين من جنسية جزائرية المقيمين بالجزائر وللأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون الجزائري التي يجوز رأساها الكامل شخص أو أشخاص طبيعيون من جنسية جزائرية مقيمون بالجزائر"⁴، مما يدل على استبعاد العنصر الأجنبي من المعاملات العقارية داخل الجزائر.

كما أن ممارسة نشاط التأمين يستوجب الحصول على الاعتماد لمباشرته وفق ما تبينه أحكام المرسوم التنفيذي رقم 96-267 المحدد لشروط منح شركات التأمين و/أو إعادة التأمين وكيفيات منحه⁵، بينما يخضع فتح فروع

¹ تقضي الفقرة الثانية من المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 05-207 المؤرخ في 2 يونيو 2005، الذي يحدد شروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه بما يلي: "في حالة تغيير المسير تصبح الرخصة لاغية ويتعين على صاحب الطلب إعادة تقديم طلب آخر".
² مشيد سلمية، المستثمر الأجنبي وقانون النشاطات المقتنة في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015-2016، ص 111.

بوصوفة زهرة، الوكيل العقاري كمنشأ اقتصادي مقنن، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012-2013، ص 44.
³ بعجي أحمد، المرجع السابق، ص 290.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 10-154 مؤرخ في 17 يونيو 2010 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 09-18 المؤرخ في 20 يناير 2009 الذي يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري، ج ر ج عدد 39 المؤرخة في 23 يونيو 2010.

⁵ تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 96-267 المؤرخ في 3 أوت 1996 المحدد لشروط منح شركات التأمين و/أو إعادة التأمين الاعتراف وكيفيات منحه، ج ر ج العدد 47 المؤرخة في 22 أوت 1996، على أنه: "يطلب الاعتراف في الحالات الآتية: إنشاء شركة جديدة، اندماج شركات معتمدة أو انفصالها عن بعضها، ممارسة أصناف جديدة من التأمين".

تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد

لشركات التأمين الأجنبية بالجزائر إلى الحصول المسبق على رخصة يمنحها الوزير المكلف بالمالية¹، هذا ما يبين مدى حفاظ المشرع على سياسته في حماية المصلحة العامة للمتعاملين في هذه المجالات.

بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالشخص الراغب في ممارسة نشاط معين لا بد عليه أن يمتلك مؤهلات مادية وأخرى قانونية للدخول في هذا النشاط، هذا ما يتبين من اشتراط وجود الاعتبار الموضوعي للحصول على صفة التعاقد.

المطلب الثاني: الاعتبار الموضوعي كشرط ضابط للتعاقد

ترتبط صفة التعاقد بجوانب موضوعية تتعلق بطالب هذه الصفة ليباشر مهنته بصفة قانونية ليكون محل ثقة المتعاملين معه، إذ يجب أن يكون لديه مبلغا من المال يغطي تكاليف تسيير نشاطه، بالإضافة إلى حيازته لمؤهل علمي وخبرة ميدانية تزرع في نفس الغير الطمأنينة، ما يتم تفصيله من خلال معرفة ارتباط صفة التعاقد بجوانب مادية وقانونية ضمن الفرع الأول.

بالإضافة إلى هذا يجب على المتعاقد إتباع إجراءات إدارية لاكتساب صفة التعاقد وبالتالي الحصول على الرخصة أو الاعتماد لممارسة النشاط الذي يود القيام به، وبعد هذا الإجراء حياية للمصلحة العامة للأطراف المتعاقدة حسبما نشرحه حين التطرق للارتباط صفة التعاقد بإجراءات إدارية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ارتباط صفة التعاقد بجوانب مادية وقانونية

يشترط القانون فحين يسعى لاكتساب صفة التعاقد لممارسة نشاط معين أن يقدم ما يثبت أن ذمته المالية مليئة بما يؤهله قانونا لمباشرة معاملاته التعاقدية²، وقد تقوم الإدارة المختصة بإجراء تحقيق يتعلق بالجانب المالي للشخص³، أو تقوم باستشارة جهات أخرى مختصة حسب ما يقتضيه القانون.

هذا ما تفصل فيه النصوص القانونية في تطبيقاتها في المادة 218 من الأمر 95-07 المتعلق بقانون التأمينات وينظمه المرسوم التنفيذي رقم 96-267 المحدد لشروط منح شركات التأمين و/أو إعادة التأمين وكيفيات منحه، بموجب المادة 3 منه بقولها "يمنح الاعتماد بقرار من الوزير المكلف بالمالية بعد استشارة المجلس الوطني

¹ المادة 204 مكرر 2 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بقانون التأمينات، ج ر ج العدد 13 المؤرخة في 8 مارس 1995 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج ر ج العدد 15 المؤرخة في 15/03/2006، المعدل بالأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 أوت 2010 ج ر ج العدد 49 المؤرخة في 29/18/2010، المعدل بالقانون رقم 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 المضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج العدد 68 المؤرخة في 20/12/2013.

² حسب الفقرتين 5 و 7 من المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18 المحدد لتنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري المعدل والمتمم، أنه: "لا يجوز لأي كان أن يطلب اعتمادا لممارسة مهنة الوكيل العقاري مالم يستوف الشروط الآتية:

- أن يثبت ضمانات مالية كافية ناتجة عن كفالة دائمة وغير منقطعة تخصص لضمان التزاماته تجاه الزبائن.

- أن يثبت تأمينا ضد التبعات المالية للمسئولية المدنية المهنية".

³ تنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 05-207 المحدد لشروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه، على أنه: "يقوم الوالي بموجب قرار، فور استلام ملف طلب رخصة الاستغلال بفتح تحقيق عمومي يجب ان لا يتعدى مدته ثلاثين (30) يوما".

صليحة بن علي

للتأمينات"، وذات الشيء تقره المادة 6 من القانون رقم 99-06 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار¹.

ويضاف إلى ذلك اكتساب المؤهل القانوني يتعلق بموضوع الرخصة² حيث يجب على الشخص طالب صفة التعاقد حيازة شهادة تتمثل في الكفاءة العلمية لمباشرة النشاط المزمع القيام به³، حسب ما تنظمه النصوص التشريعية ما يجسده القانون رقم 99-06 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار الذي يفرض على الممارس لهذا النشاط أن يكون شخصا طبيعيا مؤهلا وذو تكوين متخصص⁴.

رغم هذا يكون الحصول على صفة التعاقد مرهون بمدى قناعة الإدارة المعنية بشخصية طالب الصفة ومؤهلاته المادية والقانونية حسب ما يشترطه التشريع⁵، كما تملك الإدارة المختصة سلطة الملائمة فيما تقرره بمنحه الرخصة من عدمه، وما على طالب صفة التعاقد إلا حق الطعن في قرار الرفض، هذا ما تقرره أيضا الفقرة الأخيرة من المادة 218 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بقانون التأمينات⁶.

بما يدل على أن الإدارة المعنية وحدها التي تملك الحق في منح صفة التعاقد، وبذلك لا يجوز لأحد الأشخاص الادعاء بالحق في كسب هذه الصفة دون موافقة السلطة المختصة المانحة للرخص والاعتماد لمباشرة النشاط محل الطلب وفق إجراءات إدارية محددة قانونا⁷.

¹ تنص المادة 6 من القانون رقم 99-06 المؤرخ في 4 أبريل 1999، الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، ج ر ج العدد 24، المؤرخة في 7 أبريل 1999، على أنه: "يخضع إنشاء وكالة السياحة والأسفار للحصول على رخصة استغلال تسلمها الوزارة المكلفة بالسياحة بعد استشارة اللجنة الوطنية لاعتقاد وكالات السياحة والأسفار".

² أعميور فرحات، تنظيم الالتحاق بالمهمة البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة 1، كلية الحقوق، 2016-2017، ص 10. بوصوفة زهرة، المرجع السابق، ص 44. مشيد سليمة، المرجع السابق، ص 112.

³ حسب الفقرة 8 من المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18 المحدد لتنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري المعدل والمتمم، أنه: "أن يثبت تأهيلا مهنيا وخبرة مهنية ذات صلة بالنشاط".

⁴ المادة 7 من القانون رقم 99-06، تنص على أنه: "تسلم رخصة الاستغلال للأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط الآتية: - أن يثبت تأهيلا مهنيا له علاقة بالنشاط السياحي".

⁵ تنص المادة 12 من القانون رقم 11-04 على أنه: "يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار، محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية". وتتضمن المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 05-207 المحدد لشروط وكميات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه بما يلي: "يبت الوالي في طلب الرخصة بالقبول أو الرفض على ضوء نتائج التحقيق العمومي وأراء المصالح المستشارة، في أجل لا يتجاوز خمسة وسبعين (75) يوما ابتداء من يوم إيداعه. يجب ان يعلل الرفض قانون ويبلغ بوضوح".

⁶ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 218 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بقانون التأمينات على أنه: "يجب أن يكون الاعتماد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية مبررا قانونا، ويبلغ لطالب الاعتماد ويكون هذا القرار قابلا للطعن أما مجلس الدولة طبقا للتشريع الساري المفعول".

⁷ حبشي فاضل، الامتداد القانوني لعقود الإيجار، شرح قانون إيجار الأماكن علما وعملا مع مقارنتها بالأحكام المقابلة في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1962، ص 85. بعبي أحمد، المرجع السابق، ص 297.

تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد

الفرع الثاني: ارتباط صفة التعاقد بإجراءات إدارية

لقد ربط المشرع في النظرية العامة للعقد وجود الأهلية بتام التمييز والإدراك¹ وبالتالي توافر الرضا كجانب ذاتي مرتبط بشخص المتعاقد² غير أنه وسع من شروط التعاقد فأضاف جانبا موضوعيا متعلقا بإجراءات إدارية وذلك باشتراط اكتساب الرخصة والاعتماد الإداري في بعض المجالات لتأهيل المتعاقد لمباشرة النشاط المزمع القيام به³.

وعليه وضع المشرع أساليب لضبط التعاملات العقدية كحماية للمصلحة العامة لكلا المتعاقدين⁴ تتمثل في:

الاعتماد والرخصة هما إجراءات إدارية تنصب على قيام المتعاقد بتصرف مسبق باستئذان الإدارة للممارسة نشاط معين يجعل العقد منتجا لآثاره⁵، وهذا في حد ذاته خنق للحرية التعاقدية⁶ إلا أن الحصول على الاعتماد أو الرخصة من الإدارة لممارسة تلك الأنشطة لا يعني أن لها سلطة منع المتعاقدين من ممارسة هذا الإجراء المتمثل في تقديم طلب الرخصة⁷.

وعليه تعد الرخصة الإدارية إجراء يتم بمقتضاه استئذان الإدارة المختصة مقدما للحصول على إذن بممارسة نشاط معين، ولها عنصرين تقوم عليهما بتمثلان في ما يلي:

- لا تتمتع الرخص والاعتمادات الإدارية إلا ببناء على نص تشريعي يحدد شروط وكميات الحصول عليها.

- لا تملك الإدارة سلطة منع الأفراد من طلب الحصول على الرخصة والاعتماد لمباشرة هذه الأنشطة⁸.

يتضح مما سبق أن القانون يفرض على أحد المتعاقدين اكتساب أهلية إدارية للممارسة نشاطه⁹ وإبرام العقود مع الغير، ما يتجسد في المادة 204 من الأمر رقم 07-95 حينما يفرض على شركات التأمين الحصول على الاعتماد لمباشرة نشاطها ولا تعد مخالفة للتشريع والتنظيم في مجال التأمين¹.

¹ تقضى م 40 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج رج العدد 78 المؤرخة في 30/09/1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-88 المؤرخ في 03/05/1988، بالقانون 01-89 المؤرخ في 09/02/1989، بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20/06/2005، والقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007، ج رج العدد 38 المؤرخة في 13/05/2007، بما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

² مصطفي العوجي، القانون المدنين الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، لبنان 2007، ص 57.

فيلالى علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 99.

³ أمين ابرهم العشراوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 75.

دومة نعيمة، النشاطات المنتنة في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 40.

⁴ Audrey Gougeon, L'intervention du tiers à la formation du contrat, thèse du doctorat, Université Lille 2 - Droit et Santé, soutenue le 9 décembre 2016, p22.

⁵ بجاوي يوسف، الشكلية غير المباشرة وأثرها على فعالية العقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014، ص 55.

⁶ Paul Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuelle, RTD.civ, N 2, 1944, p180.

⁷ دومة نعيمة، المرجع السابق، ص 281.

⁸ بجاوي يوسف، المرجع السابق، ص 54.

⁹ فاضل خديجة، عممة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 97.

صليحة بن علي

وكذلك تقتضيه المادة 4 من القانون رقم 04-11 حيث تنفي صفة المرقى العقاري عن أي شخص ما لم يحصل على الاعتماد من طرف السلطة المختصة لمباشرة نشاطه العقاري²، بالإضافة إلى إلزامية تسجيله في السجل التجاري³ وأيضاً التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين⁴.

وتفرض المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 18-09 إخضاع كل شخص يود ممارسة مهنة الوكيل العقاري للحصول المسبق على اعتماد والقيود في السجل التجاري⁵، بينما يخضع استغلال المؤسسة بموجب المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 207-05 لرخصة مسبقة من الوالي بعد تحقيق عمومي لفتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه⁶.

هذا يوضح تدخل المشرع وحرصه على ضبط قواعد المنافسة وتكريس أسس العقد الموجه بواسطة اشتراط القيام بإجراءات إدارية مسبقة يطلب فيها الشخص منحه صفة التعاقد ليحضر بالرخصة الإدارية والاعتماد، وبهذا الصدد يحق للإدارة المختصة أن تلجأ لفتح تحقيق حول القدرات والمؤهلات المادية والفنية لطالب صفة التعاقد ومدى خضوعه للشروط المحددة قانوناً لممارسة المهنة.

إلا أن هذا التحقيق قد يكشف عن وجود موانع تحرم الشخص من اكتساب صفة التعاقد وبالتالي ترفض الإدارة منحه هذه الصفة، وقد يخجل بالتزاماته التعاقدية ويتعرض للجزاء وتسحب من صفة التعاقد.

المبحث الثاني: موانع اكتساب صفة التعاقد وجزاء الإخلال بها

يفرض المشرع شروطاً لاكتساب الشخص لصفة التعاقد منها ما يتعلق بشخصه، ومنها ما يرتبط بحالته المادية ومؤهلاته العلمية وخبرته المهنية، وعليه أن يطلب هذه الصفة من الإدارة المختصة وفق إجراءات وضعتها النصوص التشريعية، غير أن هناك ما يمنعه من ممارسة نشاطه المهني تتمثل في موانع إدارية وأخرى جزائية تحرمه من اكتساب صفة التعاقد حسب ما يفصل فيه المطلب الأول.

¹ تنص المادة 204 من الأمر رقم 07-95 المتضمن قانون التأمينات بما يلي: "لا يمكن لشركات التأمين و/أو إعادة التأمين أن تمارس نشاطها إلا بعد الحصول على اعتماد من الوزير المكلف بالمالية..."

² جاء في الفقرة 2 من المادة 18 القانون رقم 04-11 ما يلي: "لا يمكن أياً كان أن يدعي صفة المرقى العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على اعتماد ومسجلاً في الجدول الوطني للمرقين العقاريين حسب الشروط والكيفيات المحددة في القانون."

³ حسب المادة 19 من القانون رقم 04-11 فإنه: "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية..."

⁴ تنص المادة 4 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية المؤرخ في 17 فبراير 2011، ج ر ج العدد 14 المؤرخة في 6 مارس 2011 على أنه: "يرخص للمرقين العقاريين والمعمدين والمسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية. لا يمكن أياً كان أن يدعي صفة المرقى العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على اعتماد ومسجلاً في الجدول الوطني للمرقين العقاريين حسب الشروط والكيفيات المحددة في القانون."

⁵ تؤكد المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 18-09 المحدد للتنظيم المتعلقة بممارسة مهنة الوكيل العقاري، على أنه: "تخضع ممارسة مهنة الوكيل العقاري للحصول المسبق على اعتماد والقيود في السجل التجاري."

⁶ تنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 207-05 المحدد لشروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه على أنه: "يخضع استغلال المؤسسة لرخصة مسبقة يسلمها والي ولاية مقر المؤسسة بعد تحقيق عمومي."

تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد

كما أن مخالفة الشروط المكرسة قانوناً لاكتساب صفة التعاقد تعرض الشخص المحل لجزاءات منها ما توقعه الإدارة المانحة للرخص، ومنها ما يكون عقوبة جزائية تقررها القوانين الخاصة بالمنظمة لهذه المهن، أو تحيل إلى قانون العقوبات، وهذا ما يتبين من دراسة موانع اكتساب صفة التعاقد وجزاء الإخلال بها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الموانع الإدارية والجزائية لاكتساب صفة التعاقد

حددت القوانين الخاصة بحالات تمتع الإدارة من الموافقة على طلب منح صفة التعاقد لمن يطلبها إذا ما توافرت هذه الحالات حيث يصبح طالب الصفة محملاً بالتزاماته القانونية فلا يستحق ممارسة النشاط محل الرخصة أو الاعتماد، ما يتم شرحه بتفصيل الموانع الإدارية المرتبطة بصفة التعاقد من خلال الفرع الأول. كما أقرت هذه التشريعات حرمان طالب صفة التعاقد من اكتسابها إذا كان مرتكباً لجرائم ماسة بالأموال حيث يمنع من ممارسة هذه المهن، ما يتضح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الموانع الإدارية المرتبطة بصفة التعاقد

تقضي القواعد العامة حسب المادة 42 من القانون المدني أنه لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة، وأوصحت المادة 43 من نفس القانون أنه كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون¹.

وبهذا يعد عدم التمييز وانعدام الإدراك موانع مدنية لا تسمح للمتعاقد من أن يبرم العقد، ويضيف له المشرع موانع إدارية تعطى الحق للإدارة المختصة بإلغاء تلك الرخص التي تمنحها إذا فقد المتعاقد طالب الرخصة المؤهلات المادية والكفاءة المهنية التي هي من ضمن الشروط الأساسية لمباشرة المهنة أو النشاط.

حيث يظهر المنع من ممارسة نشاط فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه بإلغاء رخصة الاستغلال ضمن المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 05-207 المحدد لشروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه وذلك عند فقد حقوقه المدنية أو عدم كفاءته المهنية².

كما يمكن للوالي أن يقرر سحب هذه الرخصة لأسباب تتعلق بالحفاظ على النظام العام وأمن المواطنين حسب المادة 25 من ذات المرسوم¹.

¹ المواد 42-43 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، ج رج العدد 78 المؤرخة في 30/09/1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03/05/1988، بالقانون رقم 89-01 المؤرخ في 09/02/1989، بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، والقانون رقم 07/05 المؤرخ في 13/05/2007، ج رج العدد 38 المؤرخة في 13/05/2007.

² تنص المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 05-207 المحدد لشروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه على أنه: " تكون الرخصة لاغية في الحالات الآتية: - وفاة المعني أو عدم كفاءته المدنية، - فقد الحقوق المدنية، ..."

صليحة بن علي

يترتب على المنع من ممارسة الشخص المهنته فقدان صفة التعاقد وينتج عن ذلك تعرض الشخص لعقوبة تأديبية كالشطب النهائي بسبب الإخلال بنزاهة المهنة، ما تبينه الفقرة الأخيرة من المادة 20 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية².

ويمنع المشرع بموجب الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على كل شخص طبيعي أو معنوي القيام بالعمليات التي تجرئها تلك البنوك والمؤسسات بشكل اعتيادي³، أو يستعمل تسمية تجارية أو إشهارا ينطوي على عبارات من شأنها أن توهم الغير أو تحمل إلى الاعتقاد أنها معتمدة كبنك أو مؤسسة مالية⁴، كما يحظر على أي شخص تم إعلان إفلاسه في الجزائر أو في الخارج ولم يرد له الاعتبار أن يؤسس أو يسير بنك أو مؤسسة مالية أو يكون عضوا في مجلس إدارتها⁵.

الفرع الثاني: الموانع الجزائية المرتبطة بصفة المتعاقد

أضاف المشرع موانع جزائية وربطها بحق اكتساب صفة المتعاقد كي يحمي الطرف الآخر المتعاقد معه فلا تمنح له الأهلية الإدارية اللازمة لممارسة نشاطه إذا ثبت تورطه بالجرائم المحددة في القانون و بالتالي يحرم من التعاقد.

حيث يمنع كل شخص طبيعي أو اعتباري بموجب المادة 22 من القانون رقم 99-06 المتعلق بوكالات الأسفار، غير حائز على رخصة الاستغلال المحددة بالقانون أن يتخذ صفة وكيل سياحة وأسفار، وهذا ما يتجسد في نص المادة 20 من القانون رقم 04-11 التي تمنع المرقى العقاري من ممارسة نشاطه أيا كان دوره؛ سواء منشئا أو مشاركا بطريقة مباشرة أو من خلال وسيط في إنجاز مشاريع عقارية، والذي اقتترف بعض المخالفات المتمثلة في السرقة وخيانة الأمانة والنصب والرشوة والغش الضريبي وغيرها من الجنح المنصوص عليها في الأحكام

¹ تنص المادة 25 من من المرسوم التنفيذي رقم 05-207 المحدد لشروط وكيفية فتح واستغلال مؤسسات الترفيهية والتفرية على أنه: " يمكن سحب رخصة الاستغلال بقرار من الوالي لأسباب تتعلق بالحفاظ على النظام العام وأمن المواطنين".

² تنضي الفقرة الأخيرة من المادة 20 من القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، بقولها: "كما يمنع من ممارسة هذا النشاط الأعضاء المشطوبون تأديبيا وبصفة نهائية، بسبب الإخلال بنزاهة المهن المشككة في نقابات".

³ حسب المادة 76 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج العدد 52 المؤرخة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر ج العدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010، تنص على أنه: "يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي من غير البنوك أو المؤسسات المالية حسب الحالة، القيام بالعمليات التي تجرئها تلك البنوك والمؤسسات بشكل اعتيادي..."

⁴ المادة 81 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، إذ تنص على أنه: "يمنع على كل مؤسسة من غير البنوك أو المؤسسات المالية، أن تستعمل اسما أو تسمية تجارية أو إشهار أو بشكل عام أية عبارات من شأنها أن تحمل إلى الاعتقاد أنها معتمدة كبنك أو مؤسسة مالية. يمنع على أي مؤسسة مالية ان توهم بأنها تنفي إلى فئة من غير الفئة التي اعتمدت للعمل ضمنها أو تثير اللبس بهذا الشأن".

⁵ تنص الفقرة 3 من المادة 80 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، على أنه: "لا يجوز لأي كان أن يكون مؤسسا لبنك أو مؤسسة مالية أو عضو في مجلس إدارتها... إذا أعلن إفلاسه أو أُلحق بإفلاس أو حكم بمسؤولية مدنية كعضو في شخص معنوي مفلس سواء في الجزائر أو في الخارج ما لم يرد له الاعتبار".

تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد

التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية¹، كما يجب أن يتمتع المرقي العقاري الذي يطلب الاعتماد بحقوقه المدنية ليكتسب صفته المهنية ويتمكن من ممارسة نشاطه في انجاز المشاريع العقارية².

ويحظر القانون على كل شخص يريد تأسيس وإدارة شركة التأمين إذا ثبت إدانته بارتكاب جنحة يعاقب عليه القانون العام أو عن سرقة أو عن خيانة الأمانة أو احتيال أو ارتكاب جنحة تعاقب عليها القوانين الخاصة بعقوبات عن نهب الأموال أو قيم أو عن إصدار صكوك بدون رصيد حسب ما جاء في المادة 217 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بقانون التأمينات.

ولا يجوز المشرع ضمن أحكام الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض لأي كان أن يكون مؤسساً لبنك أو مؤسسة مالية أو عضو في مجلس إدارتها وأن يتولى مباشرة أو بواسطة شخص آخر تسييرها أو تمثيلها إذا حكم عليه بسبب جنائية أو اختلاس أو غدر أو سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو إصدار شك دون رصيد أو تزوير في المحررات التجارية أو المصرفية أو قام بمخالفة متعلقة قوانين الشركات أو مرتبطة بالمجارة بالمحدرات والفساد وتبييض الأموال والإرهاب أو حكمت عليه جملة قضائية أجنبية بحكم يحوز قوة الشيء المقضي فيه حسب القانون الجزائري بإحدى الجنائيات والجنح المنصوص عليها في هذه المادة³.

هذا يوضح توسيع دائرة المنع التي انتهجها المشرع الجزائري ليشمل كل شخص له دور في تسيير المؤسسة المالية بالأصالة أو بالنيابة⁴ وكذا كل من له حق التوقيع عنها إذا ما أخل بالنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بهذه المؤسسات المصرفية والبنوك.

المطلب الثاني: بخط جزء مخالفة شروط اكتساب صفة التعاقد

لم يكن المشرع يوضع الموانع لاكتساب صفة التعاقد من أجل مباشرة النشاط بل رتب على ذلك جزاءات إدارية وأخرى جزائية، وهذا ما يتم تفصيله ضمن فرعين، إذ تم تخصيص الفرع الأول لتوضيح الجزاء الإداري، والفرع الثاني للجزاء الجزائي للمخل بصفة التعاقد.

¹ تنص المادة 20 من القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بنصها أنه لا يمكن أن يكونوا مرقين عقاريين، الأشخاص الذين تعرضوا لعقوبات بسبب احدي المخالفات الآتية: -التزوير واستعمال المزور في المحررات الخاصة أو التجارية أو البنكية، -السرقة وإخفاء المسروقات وخيانة الأمانة والتفليس وابتزاز الأموال أو القيم أو التوقيعات، -النصب وإصدار شيك بدون رصيد، -رشوة موظفين عموميين،

-شهادة الزور واليمين الكاذبة والغش الضريبي،

-الجنح المنصوص عليها بموجب الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية".

² تنص المادة 14 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية: "يشمل نشاط الترقية العقارية مجموع العمليات التي تساهم في انجاز المشاريع العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية الحاجات الخاصة. ويمكن أن تكون هذه المشاريع محلات ذات استعمال سكني أو مهني وعرضياً يمكن أن تكون محلات ذات استعمال حرفي أو تجاري".

³ المادة 80 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

⁴ شامي ليندة، الاثتان المصرفي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 37.

صليحة بن علي

الفرع الأول: الجزء الإداري للإخلال بصفة التعاقد

تترتب الجزاءات الإدارية عن أي إخلال في شروط حيازة صفة التعاقد حيث توقعه السلطة المانحة لرخصة أو الاعتماد على كل من يخالف أحكام النصوص التشريعية دون المساس بالمتابعات الجزائية، وتمثل هذه الجزاءات في عدة صور كأن تكون إنذار أو سحب مؤقت أو نهائي للرخصة، ومنه تبلغ هذه العقوبة للمتعاقد المعني بالأمر من طرف الإدارة التي منحتة رخصة ممارسة المهنة أو النشاط المزمع القيام به، ما يتجسد في أحكام القانون رقم 06-99 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار¹.

بينما فصل المرسوم التنفيذي رقم 09-18 الذي يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري في مسألة سحب الاعتماد مؤقتاً أو نهائياً حسب الحالة، فقد يكون السحب المؤقت لمدة لا تتجاوز ستة أشهر لعدم احترام أعراف المهنة أو للإخلال بالالتزامات التعاقدية أو يكون السحب نهائياً بانعدام الشروط الخاصة بمنح الاعتماد أو التوقف عن ممارسة النشاط بدون مبرر مع عدم الإعلان عن ذلك في أجل 12 شهراً، أو صدور حكم قضائي يدين صاحب الاعتماد بالغش الضريبي أو تعرضه لتصفية قضائية².

وتوضيحا لهذه الأحكام ورد في القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بإضافة السحب التلقائي للاعتماد في عدة حالات؛ كوفاة المرقى العقاري أو إصابته بعجز يمنع من القيام بالتزامات³.

والملاحظ أن المشرع وسع من سلطات الإدارة المانحة للرخص ذات الصلة بالنشاط المراد القيام به، فأعطي لها صلاحية توقيع جزاءات إدارية رادعة لأي إخلال بالنصوص القانونية المنظمة لصفة التعاقد إلا أنه قرنها بعقوبات جزائية.

الفرع الثاني: الجزء الجزائي للإخلال بصفة التعاقد

يتعرض كل مخالف لأحكام القوانين المنظمة لهذه المهن لعقوبات تصدرها الجهات القضائية المختصة، حيث تتمثل المخالفات فيما يلي: كممارسة النشاط؛ إما دون الحصول على رخصة وإما بعد صدور قرار السحب المؤقت أو النهائي للرخصة، أو الإدلاء بمعلومات كاذبة وخاطئة قصد الحصول على الاعتماد، أو عدم تقييد النشاط في السجل التجاري، أو عدم تسليم الوثائق المثبتة للعقد المبرم أو إهمال اكتتاب تأمين عن الأخطار المرتبطة بالاستغلال، أو عرقلة ممارسة عمل لجان التفتيش، أو القيام بإشهار كاذب بخصوص الأسعار والخدمات.

¹ المواد 31، 32، 33 من القانون رقم 06-99 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار.

² المواد 37-38 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18 الذي يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري.

³ المواد 64-65 من القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد

بينما تكون العقوبات عن كل مخالفة عبارة عن غرامة مالية التي تضاعف في حالة العود، بالإضافة إلى إمكانية تعرض المخالف للحبس أو إحدى هاتين العقوبتين، هذا ما نصت عليه أحكام القانون رقم 06-99 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار¹.

أما إدلاء الوكيل العقاري بمعلومات كاذبة يجبل إلى توقيع العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات بموجب المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 18-09 الذي يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري، كما أن نشاط المرقي العقاري المخالف لأحكام القانون المنظم لهذه المهنة يعرضه لعقوبة جزائية إذا قام بالإدلاء ببيانات خاطئة أو غير كاملة في الوثائق والعقود المتعلقة بعملية الترقية العقارية، أو المطالبة بتسبيق مالي أو قبول أو اكتتاب سندات تجارية قبل توقيع عقد البيع على التصاميم، أو إهمال أجل نقل الملكية للمقتني، أو عرض أملاك عقارية أنجزت مخالفة لأحكام القانون للبيع، يتعرض المرقي العقاري لدفع غرامة مالية تتراوح بين 200.00 دج و 2.000.00 دج و/أو الحكم عليه بالحبس تتراوح مدته بين شهر إلى خمس سنوات، وفي حالة العود تضاعف هذه العقوبات بمجرد ارتكاب هذه المخالفات².

بينما إذا مارس الشخص مهنة الترقية العقارية دون الحصول على رخصة أو اعتماد من السلطة المختصة ما يعد قيام جريمة النصب المعاقب عليها بنص المادة 372 قانون العقوبات، ونفس الجزاء منصوص عليه في المادة 244 من الأمر رقم 07-95 المتضمن قانون التأمينات حيث يعاقب الشخص الذي يقدم عقوداً للجمهور سواء لحسابه الخاص أو لحساب شركة التأمين دون أن يحصل على الاعتراف إذ يعد مقترف لجريمة الاحتيال، ويتعرض للجزاء المتمثل في الحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة مالية من 500 دج إلى 20.000 دج عن كل عقد من العقود المقترحة والمكتوبة³.

فهذه النصوص تظهر حرص المشرع على توافر صفة التعاقد فيمن يمارس هذه المهن التي لا يجوز مباشرتها إلا بالحصول على الاعتماد أو الرخصة ضمن الإطار القانوني.

خاتمة:

تصدى المشرع للفتاوت بين المتعاقدين بسن تشريعات خاصة لتكريس مبدأ العقد الموجه كوسيلة حامية للمصلحة العامة وهذا أنتج نقاط هامة وهي:

1. وضع أحكام قانونية آمرة لضبط العلاقة التعاقدية
2. ربط اكتساب صفة التعاقد بشروط ذات الاعتبارين الشخصي والموضوعي
3. تقرير موانع تحرم الشخص طالب الصفة من اكتسابها

¹ المواد من 34 إلى 45 من القانون رقم 06-99 الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار.

² المواد من 69 إلى 78 من القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

³ تنص المادة 244 من الأمر رقم 07-95 المتضمن قانون التأمينات على أنه: "يتعرض كل شخص يقدم للجمهور سواء لحسابه الخاص أو لحساب شركة تأمين عقداً مخالفاً أحكام المادة 204 من هذا الأمر لعقوبات الاحتيال المنصوص عليها في المادة 372 من قانون العقوبات".

صليحة بن علي

4. توقيع عقوبات على المخل بالنصوص القانونية المنظمة لهذه المهن

وعلى هذا يمكن تقديم التوصيات التالية:

- لا بد من إعادة النظر في النظرية العامة للعقد لتشمل المبادئ العامة المنظمة لهذه العقود الخاصة؛
- على المشرع تحديد المبادئ المشتركة المنظمة لهذه العقود الموجهة ضمن القانون المدني لكونه الشريعة العامة؛
- يجب تحديد صلاحيات السلطة الإدارية المانحة للخص وتقييد سلطتها التقديرية فيما يخص حق تقرير منح الاعتماد من عدمه وتوقيع العقوبات لمنع المحاباة والتعسف؛
- إعطاء القاضي آليات يسمح له بفرض التوازن العقدي ومعاينة التعسف وبالتالي تحقيق المصلحة العامة لكلا طرفي العلاقة العقدية.

قائمة المراجع:

1-الكتب

- أمين ابراهيم العشماوي، مفهوم العقد وتطوره، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- حبشي فاضل، الامتداد القانوني لعقود الإيجار، شرح قانون إيجار الأماكن علما وعملا مع مقارنتها بالأحكام المقابلة في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1962.
- حسين محمد عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- فيلالى علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، مؤم للنشر، الجزائر، 2013.
- مصطفى العوجي، القانون المدين الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، لبنان 2007.

2-الرسائل الجامعية:

أ- الرسائل الجامعية باللغة العربية

- أعميور فرحات، تنظيم الائتحاق بالمهمة البنكية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باتنة 1، 2016-2017.
- بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر
- بوصوفة زهرة، الوكيل العقاري كمنشأ اقتصادي مقنن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
- دومة نعيمة، النشاطات المقننة في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.
- فاضل خديجة، عيمة العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.
- شامي ليندة، الائتمان المصرفي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011.

تحديد صفة التعاقد وسيلة لتحقيق المصلحة العامة من العقد

-مشيد سليمة، المستثمر الأجنبي وقانون النشاطات المقننة في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.

-نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.

-محيياوي يوسف، الشكلية غير المباشرة وأثرها على فعالية العقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014.

ب-الرسائل الجامعية باللغة الأجنبية

-Audrey Gougeon, L'intervention du tiers à la formation du contrat, thèse du doctorat, Université Lille 2 - Droit et Santé, soutenue le 9 décembre 2016.

3- المجلات

-Paul Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuelle, RTD.civ, N 2, 1944.

4- النصوص القانونية

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج رج العدد 78 المؤرخة في 30/09/1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03/05/1988، بالقانون 89-01 المؤرخ في 09/02/1989، بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، وبالقانون رقم 07/05 المؤرخ في 13/05/2007، ج رج العدد 38 المؤرخة في 13/05/2007.

-الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق قانون التأمينات، ج رج العدد 13 المؤرخة في 8 مارس 1995 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج رج العدد 15 المؤرخة في 15/03/2006، المعدل بالأمر رقم 10-01 المؤرخ في 26 أوت 2010 ج رج العدد 49 المؤرخة في 29/18/2010، المعدل بالقانون رقم 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 المتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج رج العدد 68 المؤرخة في 30/12/2013.

-الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج رج العدد 52 المؤرخة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج رج العدد 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.

-القانون 99-06 المؤرخ في 4 أبريل 1999، الذي يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، ج رج العدد 24 المؤرخة في 7 أبريل 1999.

-القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج رج العدد 14 المؤرخة في 6 مارس 2011 .

-القانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 ماي 2018 المحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، ج رج العدد 27 المؤرخة في 11 ماي 2018، والذي يلغي القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 05 أوت 2000 المتعلق بالقواعد العامة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج رج العدد 25.

-المرسوم التنفيذي رقم 96-267 المؤرخ في 3 أوت 1996 المحدد لشروط منح شركات التأمين و/أو إعادة التأمين الاعتماد وكيفيات منحه، ج رج العدد 47 المؤرخة في 22 أوت 1996.

صليحة بن علي

-المرسوم التنفيذي رقم 05-207 المؤرخ في 2 يونيو 2005، الذي يحدد شروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه، ج ر ج العدد 39 المؤرخة في 5 يونيو 2005.

-المرسوم التنفيذي رقم 09-18 المؤرخ في 20 يناير 2009، الذي يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري، ج ر ج العدد 06 المؤرخة 25 يناير 2009، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 10-154 مؤرخ في 17 يونيو 2010 الذي يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري، ج ر ج عدد 39 المؤرخة في 23 يونيو 2010.

-المرسوم التنفيذي رقم 16-235 المؤرخ في 4 سبتمبر 2016، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية النقالة من الجيل الرابع (G4) واستغلالها وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة "اتصالات الجزائر للهاتف النقال شركة ذات أسهم"، ج ر ج العدد 52 المؤرخة في 4 سبتمبر 2016.