

محاضرات في مقياس قانون العقود

لفائدة طلبة السداسي الاول

ماستر تخصص قانون النقل والقانون البحري

المقدمة

يعتبر العقد الأداة القانونية التي يعتمد عليها الافراد لتلبية مختلف حاجياتهم اليومية ، اذ انه بالرغم من تعدد العقود إلا انها تشترك في اعتبارها اتفاق بين ارادتين على احداث اثر قانوني معين وهو ما تضمنته المادة 54 من ق م ج التي نصت على ان "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة اشخاص اخرين نحو شخص او عدة اشخاص اخرين بمنح او فعل او عدم فعل شيء ما"¹.

فإذا نشأ العقد صحيحا وفقا للأركان والشروط التي يتطلبها القانون ، ترتبت عليه آثار قانونية ملزمة لكلا الطرفين بحيث يصبح المتعاقدان خاضعين لقوة العقد وما يترتب من التزامات تعاقدية ما دامت الرابطة العقدية قائمة .

يقوم العقد على مبدأ سلطان الارادة ويعني ذلك أن للمتعاقدين الحرية المطلقة في ابرام العقود وتحديد الالتزامات التعاقدية بتضمين العقد بما شاءوا من بنود وشروط سواء تعلق الامر بموضوع الالتزام او كفيات وأجال تنفيذه ، على اعتبار أنه لا أحد يراعي التوازن العقدي أكثر من المتعاقد ذاته فالقاعدة الجوهرية هي حرية التعاقد ، حيث لا يمكن نقض العقد او تعديله إلا باتفاق الطرفين او لأسباب التي يقرها القانون ، فالإرادة حرة في ابرام ما تشاء من العقود وتضمينها بما ترضاه من الشروط وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 106 من ق م ج والتي تنص على ما يلي : "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون " .

إن المغالاة في تطبيق هذا المبدأ أدى الى ظهور نتائج سلبية وخطيرة على استقرار المعاملات ، ومن بين هذه السلبيات نجد استغلال القوى للضعيف وجعل المتعاقدين الضعفاء تحت رحمة الاقوياء ، أيضا

¹- امر 52-75 المؤرخ 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني ج رقم 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم

تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة وكذا تضارب المصالح احيانا بين الافراد سعيا لتحقيق قدر أكبر من مصالحهم حتى لو كان ذلك على حساب الطرف الاخر وعلى حساب خسارة الاخير ، فهذه السلبيات تؤدي الى عدم التوازن في الاداءات التعاقدية بين الاطراف المتعاقدة ، فنتج عن ذلك عدة قيود تحد من مبدأ سلطان الارادة وردت على شكل استثناءات عن القاعدة العامة في مجال العقود المدنية خاصة ، فمنها ما ورد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة ومنها ما ورد في قوانين خاصة كتشريعات حماية المستهلك وقوانين المنافسة فهي استثناءات كلما تم التوسع فيها كلما ضاق وقل مجال أعمال مبدأ سلطان الارادة .

المبحث الأول : مبدأ سلطان الارادة في العقود والقيود الواردة عليه

يقصد بمبدأ سلطان الارادة ان الارادة لها سلطان ذاتي ، فهي وحدها كافية لإنشاء العقد او التصرف القانوني بوجه عام ، فهذا المبدأ هو القاعدة الاصلية في تكوين العقود في القانون الحديث (المطلب الاول) الا ان المشرع اورد قيودا على هذا المبدأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مبدأ سلطان الارادة

إن تطور مفهوم العقد يرتبط بتطور مبدأ سلطان الارادة ، لذلك ينبغي دراسة هذا المبدأ او الوقوف على النتائج المترتبة عليه وتتولى ذلك خلال البحث في نشوئه وتطوره ، ومعرفة نتائجها.

الفرع الاول : نشأة مبدأ سلطان الارادة

يتكون العقد كما بيننا سالفاً من اتحاد ارادتين او أكثر وانصرافهما الى إحداث آثار قانونية ، بمعنى أن الارادة هي التي تنشئ العقد وتحدد مضمونه وأثاره . غير أن هذا الامر لم يستقر في النظم القانونية المعاصرة إلا بعد تطور طويل ، فقد كان القانون الروماني لا يعترف للإرادة بدور كبير في انشاء العقد ، بل كانت الاجراءات الشكلية في ظل هذا القانون هي التي تنشأ العقد¹ .

ولقد ظلت هذه الشكلية المقدسة مسيطرة على العقد وعلى كسب ملكية الأعيان عند الرومان لفترة طويلة من الزمن ، ثم اخذت وطأتها تخف شيئاً فشيئاً في هذا القانون ثم في القوانين التي تأثرت به.

¹ - دريد مجد علي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية ، سنة 2012 ص

الى أن جاء **Dumoulin** في اوائل القرن السادس عشر 1500-1566 فوضع البذرة الاولى لمبدأ سلطان الارادة **le principe de l'autonomie de la volonté**¹ ، وقد عبر احد الفقهاء في بداية القرن السابع عشر وهو الفقيه لوزايل **Loysel** بوضوح عن هذا المبدأ بقوله (إن الابقار تقيد من قرونها ، ولكن الرجال يقيدون بألسنتهم **On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles .**

وقد ازدهر هذا المبدأ في نطاق القانون المدني ، وزاد ازدهاراً بعد الثورة الفرنسية وانتشار المذهب الفردي **l'individualisme** ووضع تقنين نابليون على اساس هذا المبدأ ، غير أن المذاهب الاشتراكية بدأت تنتشر ، واخذ المذهب الفردي يتقلص ظله ، وأصبحت الدولة تتدخل في تنظيم الكثير من العقود وتحد من سلطان ارادة الافراد ، وتقيدها بمختلف القيود لمصلحة المجتمع .

الفرع الثاني : النتائج التي تترتب على مبدأ سلطان الارادة

يترب على مبدأ سلطان الارادة جملة من النتائج القانونية اهمها :

اولا : حرية التعاقد

لعل النتيجة المنطقية الاولى التي تترتب على مبدأ سلطان الارادة هي حرية التعاقد ، ويلاحظ بأن الحرية المذكورة تتركز على جانبين اثنين احدهما موضوعي والأخر شكلي . ويتمثل الجانب الموضوعي في أن المتعاقدين يتمتعان بحرية تحديد مضمون العقد اذ يجوز لهما أن يدرجا في العقد ما يشاءان من الشروط والبنود ، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته ايضا في عدم التعاقد فلا اجبار عليه أن يتدخل في رابطة عقدية لا يرغبها . اما الجانب الشكلي لحرية التعاقد فانه يتمثل في تكريس مبدأ الرضائية في العقود ، ومقتضى هذا المبدأ أن العقد يتم بمجرد توافق الارادتين دون حاجة لإتباع اي طقوس او شكليات معينة² .

ثانيا : ضرورة احترام العقد (القوة الملزمة للعقد)

يقضي مبدأ سلطان الارادة بضرورة احترام العقد وتنفيذ الالتزامات التي تتمخض عنه ، ذلك أن العقد ينشأ بتوافق ارادتي المتعاقدين ، فيكون بمثابة القانون بالنسبة اليهما¹ . لهذا فإنهما يلتزمان بتنفيذه واحترام بنوده ، ولا يجوز لأي منهما أن يقوم بتعديل العقد او انهاءه إلا بموجب اتفاق جديد بين الطرفين .

¹-علي علي سليمان ، النظرية العام للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الخامسة ،

الجزائر 2003 ص 23

²-دريد محمود علي ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص43

على أن احترام العقد لا يقتصر على المتعاقدين فقط بل أنه يمتد الى المشرع والقاضي ، إذ ينبغي لهما أن لا يتدخلوا في العقد بالتعديل او الانهاء .

ثالثا :مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد

يقضي مبدأ الارادة أن الارادة لا تلزم إلا صاحبها وعليه فالعقد لا ينشئ الالتزام إلا في ذمة احد المتعاقدين او كلاهما بحيث لا يجوز أن ينشأ في ذمة الغير الذي لم يكن طرفا بالعقد وهذا ما يعبر عنه بمبدأ نسبية العقد .

المطلب الثاني : القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة

لم ينل أي مبدأ قانوني شهرة وشيوعا أكثر مما ناله العقد شريعة المتعاقدين فقد كانت له قدسية خاصة عند انصار مبدأ سلطان الارادة ، ولا زال هذا المبدأ يحتل مكانا مرموقا في المؤلفات القانونية إلا انه قد يفقد هذا المبدأ بمفهومه التقليدي كثيرا من اهميته وذلك بسبب القيود التي تفرض عليه حتى بدا المشرع وكأنه يشترك مع الطرفين في تنظيم العقد بما يفرضه من التزامات على المتعاقدين .

الفرع الأول: القيود الواردة بفعل المشرع

الواقع ان الارادة جوهر العقد إلا ان وظيفتها تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون اذ يجب ان تكون مطابقة للنظام العام و الاداب العامة النابعة عن المجتمع و الأعراف اضافة الى مختلف النصوص القانونية التي تجبر الشخص على التعاقد او تمنعه.

اولا: النظام العام

يعتبر النظام و الاداب العامة من المفاهيم الضرورية في المجتمعات، إلا انه يبقى صعب التعريف نظرا لمرونته و نسبيته، فهو يختلف من مجتمع الى اخر ومن زمان الى زمان، و تعد فكرة النظام العام فكرة قديمة ظهرت منذ القدم في القانون الروماني في صورة اخرى هي المصلحة العامة .

فالنظام العام كان تقليدي يهدف الى المحافظة على المبادئ السامية للمجتمع بغرض حمايته من التصرفات المهدة للأمن و الآداب العامة ، حيث يمنع التصرفات المحلاة به² . غير ان فكرة النظام العام قد تطورت بفضل تطور المجتمع فأصبح النظام العام الحديث يفرض التزامات على الاطراف المتعاقدة فأصبح يحل محل المتعاقدين في تحديد مضمون العقد³ .

¹-يقال في هذا الصدد بأن العقد يعتبر قانونا صغيرا بالنسبة للمتعاقدين *le contrat est une petite loi* وفي هذا الصدد تنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على أنه: " الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة الى عقديها "، انظر دريد محمود علي ، المرجع السابق ، نفس الصفحة .

²- مندي اسيا ياسمينية، النظام العام والعقود ، مذكرة الماجستير، الحقوق،الجزائر، 2009، ص07 .

³- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، ج1، دار الجامعة الحديثة،الازارطة، مصر، 2004، ص

بالإضافة الى النظام العام الاقتصادي الحمائي، و الذي ظهر كنتيجة للتطور الذي مس مجال المنافسة و الاستهلاك وازدياد الحاجة الى السلع و الخدمات، حيث يهدف هذا النظام الى حماية الطرف الضعيف في العقد، كندخل المشرع في تحديد التزامات المؤمن في عقد التأمين، والتدخل لتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان و عليه فان جميع القواعد المتعلقة بالنظام العام هي قواعد امرة لا يجوز مخالفتها، و هذا ما اخذ به المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني اين يظهر بوضوح تجسيد المشرع لمقتضيات النظام العام، حيث اشترط المشرع عدم مخالفة اركان العقد للنظام العام، فمحل العقد يجب ان يكون مشروعاً و هذا ما نصت عليه المادة 93 من ق.م.ج¹ و نفس الشيء بالنسبة للسبب، والذي ينبغي ان يكون بدوره مشروعاً و غير مخالف للنظام العام و الاداب العامة و الاكان باطلا، وهذا ماجاء في المادة 97 من ق.م.ج².

ثانياً : الاجبار و المنع من التعاقد كقيود واردة على حرية الارادة

اذا كان الاصل في العقود ان الشخص حر في ان يتعاقد متى يشاء ومع من اراد، وله ايضا ان يمتنع عن التعاقد، إلا انه و بفعل التطورات الاقتصادية و الاجتماعية، و التي ادت الى ظهور طائفة من العقود الاجبارية، يجد الشخص نفسه مجبراً على التعاقد، و في ذلك حد من حريته³. كما هو الحال في عقود التأمين، حيث تعرض قانون التأمينات الجزائري الى التأمينات الإلزامية وذلك بالنص على حالات التأمين الاجباري⁴.

كما الزم كل مالك مركبة او مستفيد بالاكنتاب بعقد تامين يغطي الاضرار التي تسببها مركبته للغير⁵. اذا كان القانون يجبر المتعاقد احيانا على التعاقد فانه في حالات اخرى يمنعه من ذلك و هذا اما نظرا لخطورة محل العقد او لأسباب يراها ذات اهمية و بالتالي لايسمح بالتعاقد في هذه الحالات كحظر البيع بالمكافاة باعتباره ممارسة تجارية غير مشروعة تخرض المستهلك على التعاقد للحصول على المال او الخدمة، وقد يمنع

¹- تنص المادة 93 من ق.م.ج على مايلي: " اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته او مخالفا للنظام العام او الاداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقاً".

²- تنص المادة 97 من ق.م.ج على مايلي: " اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام او للآداب العامة كان العقد باطلاً".

³- حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدا سلطان الارادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، 2007، ص58.

⁴- لقد تعرض المشرع الجزائري في الامر 95-07 المؤرخ في يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج ر ع 13 المعدل و المتمم بالقانون 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر ع 15 في الكتاب الثاني من الى التأمينات الإلزامية وكان الفصل الاول منه تحت عنوان التأمينات البرية اما الفصل الثاني فتعرض الى التأمينات البحرية و الجوية و ركز على اهم حالات التأمين الاجباري مقيدا بذلك ارادة الاطراف في هذه الاتفاقات و هذا راجع الى ان هذا النوع من التأمينات يحقق ضمان المصلحة الاجتماعية التي يجب ان يلتزم بها الجميع.

⁵- طبقا لنص المادة الاولى من الامر 74-58 المؤرخ في 30 جانفي 1974 المتعلقة بالزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن حوادث المرور، و المعدل و المتمم بالقانون 88-31 المؤرخ في 19 جويلية 1980، ج ر ع 15.

المشروع فئات معينة من ابرام بعض العقود كما هو الحال بالنسبة للقضاة و المحامين ، حيث يمنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون اعمالهم في دائرتها¹.

الفرع الثاني : تدخل القاضي في تعديل العقد لإعادة التوازن المفقود

الاصل انه لا يجوز لغير المتعاقدين المساس بالعقد طبقا لقوته الالزامية التي يتصف بها ، فلا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من قيود العقد والالتزامات التي رتبها عليه بإرادته المنفردة مع عدم امكانية ادخال تعديل على بنود العقد ، كون العقد من وضع المتعاقدين فلا يملك احد الحق في تعديله او الغائه إلا باتفاقهما. ولا يجوز المنع من التدخل في العقد لتعديله او نقضه على المتعاقدين فحسب ، بل يشمل حتى القاضي ، فهذا التوجه الذي تبناه المشرع يعكس مدى تأثره بمبدأ سلطان الارادة وتقديسه لحرية التعاقد التي تعد الاصل في الشريعة العامة .

إلا أن المشرع اجاز للقاضي التدخل في العقد حماية للطرف الضعيف وإرجاعا للتوازن العقدي وذلك من خلال بسط سلطته لرفع الغبن والاستغلال (اولا) ومنح له سلطة إعادة النظر في بنود العقد (ثانيا) ورد الالتزام المرهق الى حده المعقول من خلال نظرية الظروف الطارئة (ثالثا).

اولا : الغبن الناتج عن الاستغلال ودوره في رفع اللاتوازن العقدي

لقد نظم المشرع الجزائي نظرية الغبن والاستغلال من خلال منحه للقاضي سلطة تعديل العقود بقصد حماية الطرف الضعيف في العقد من مظاهر الغبن والاستغلال التي يتعرضون لها ، بحيث يلحقهم جراء ذلك الكثير من الضرر نتيجة الغبن في تعاقداتهم .

لقد اعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية بناء على نص المادة 90 من ق م ج² في أن ينقص التزامات ضحية الاستغلال او يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد المغبون .

فإذا طلب الطرف المغبون ابطال العقد ، فللقاضي أن ينقص التزاماته فقط ولا يقضي بالإبطال ، اما اذا طلب الطرف المغبون انقاص التزاماته فليس للقاضي ان يحكم بالإبطال اذ يكون قد حكم بأكثر مما طلبه الخصوم وليس للقاضي ان يقضي بزيادة التزامات المستفيد³.

ثانيا : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الاذعان

¹- راجع المادة 402، 403 من ق.م.ج .

²-المتضمن المادة 90 من ق م ج (إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الاخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا أن المتعاقد الاخر قد استغل فيه طيشا بينا او هو جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد او أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة ويجوز في عقود المعاوضات أن يتوقى الطرف الاخر دعوى الابطال اذا عرض مايراه القاضي كافيا لرفع الغبن) .

³-علي علي سليمان ، المرجع السابق - ص 68

لقد عالج القانون المدني الجزائري نظرية الاذعان وبين حكمها في المواد التالية :
المادة 70: " يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم كشرط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " .

المادة 110 حيث جاء نصها كما يلي : " إذا تم العقد بالطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعن منها ، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

وبخصوص التفسير في عقود الاذعان جاء بنص المادة 2/112 كالاتي : " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن " .
فمن خلال استقراء المواد السالفة الذكر في القانون المدني الجزائري ، نجد أن المشرع اعطى للقاضي سلطة التدخل لتعديل ما تضمنه العقد من شروط تعسفية أو اعفاء الطرف المدعن منها وهذا يعتبر خروجاً على مبدأ حرية التعاقد إلا أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي قيدها بشروط أهمها أن يكون هناك عقد اذعان وأن يتضمن هذا العقد شروط تعسفية مرهقة للطرف المدعن .

لم يعرف المشرع الجزائري الشروط التعسفية في القانون المدني ، لكنه عرفها في النصوص الخاصة فجاء في نص المادة 05/03 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹ ما يلي : " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد " .

وقد حدد القانون رقم 02-04 المشار اليه سابقاً قائمة من الشروط منع ادراجها في العقد لاعتبارها تعسفية وهي ما جاء في نص المادة 29 من القانون 02-04 " تعتبر بنوداً وشروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبايع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الاخير :

1. اخذ حقوق او امتيازات لا تقابلها حقوق وامتيازات مماثلة معترف لها للمستهلك
2. فرض امتيازات فورية ونهائية على المستهلك في العقود ، في حين يتعاقد بشروط من اراد
3. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الاساسية او مميزات المنتج المسلم او الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك

¹-قانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج ر ع 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004 المعدل والمتمم

4. التفرد بحق تفسير شرط او عدة شروط من العقد او التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية
5. الزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها
6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام او بعد التزامات في ذمته
7. التفرد بتغيير أجال تسليم المنتج او أجال تنفيذ خدمة
8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة .

بالإضافة الى المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم في المادة 5 منه¹ .. إن القائمة التي وضعها المشرع واردة على سبيل المثال لا الحصر حيث وسع مجالها حتى يتسنى للقاضي تقدير الشرط التعسفي حماية للمستهلك² .

الفرع الثالث : سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

لقد قيد المشرع الجزائري تطبيق نظرية الظروف الطارئة بشروط موضوعية نص عليها في المادة 3/107 من ق م ج .. والتي يمكن اجمالها:

1. أن يكون الالتزام متراخي التنفيذ
 2. أن يكون العقد من العقود المحددة
 3. أن يكون الحادث الطارئ حادثا استثنائي عام وغير متوقع
 4. أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة
- إذا توفرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة كان للقاضي طبقا للمادة 3/107 من ق م ج سلطة تعديل العقد وذلك برد اللاتزام المرهق الى حد المعقول ويجوز له اذا رأى ان الظروف الطارئة مؤقتة أن يأمر وقف تنفيذ العقد إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن ، ويكون ذلك نوعا من النظرة الميسرة التي نص عليها القانون في المادة 281 ق م ج ولكن يشترط ألا تزيد مدة الوقف عن سنة .

¹-راجع نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر ع 56 بتاريخ 11 سبتمبر 2006

²-بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا المانيا ومصر ، الطبعة الثانية ن دار هومة للنشر والطباعة ، الجزائر ، 2010 ص 98

وقد يرى ضرورة زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق حتى يتوازن مع التزام المدين ولكن ليس للقاضي أن يحكم بفسخ العقد¹.

المبحث الثاني : مبدأ حرية التعاقد والقيود الواردة عليه (عقد البيع نموذجاً)

يعد عقد البيع من التصرفات القانونية الأكثر تعاملًا وانتشارًا وقدما² إذ يكاد يكون العقد الوحيد الذي يبرم يوميا ، بل وعدة مرات في اليوم الواحد³ ، لهذا فقد اهتمت الاحكام القانونية العامة بتنظيمها تنظيمًا مفصلاً لما له من أهمية بالغة في ميادين العمل والنشاط الاقتصادي ، فقد خصص له المشرع فصلاً كاملاً في القانون المدني لتحديد احكامه فقد عرفته المادة 351 من ق م ج على انه : (عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل ملكية شيء او حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي).

عرف عقد البيع تطوراً كبيراً وأصبح النقص ظاهراً في الاحكام العامة ، حيث ظهرت مفاهيم جديدة كالعون الاقتصادي والمستهلك وأصبح اطراف العقد غير متساويين ، لذلك بات من الضروري التدخل لوضع احكام تتناسب مع التطورات الحاصلة في مجال عقد البيع ، لذلك نجد الى جانب القواعد القانونية العامة احكاماً خاصة في قوانين جديدة أهمها قانون المنافسة والممارسات التجارية اللذان يهتمان بكل ما يخص المعاملات التجارية والاقتصادية .

المطلب الأول مبدأ حرية التعاقد في عقد البيع

المبدأ أن كل شخص حر في أن يتعاقد او لا يتعاقد وبالتالي فهو حر في أن يبيع او لا يبيع ، يشتري او لا يشتري ، وأكثر من ذلك فهو حر في أن يتعامل من يريد وبالشروط التي يريد لها غير أن حرية التعاقد والشراء ليست مطلقة بل هي مقيدة بحدود قانونية وأخرى اتفاقية إذ يمكن للمتعاقدين بموجب اتفاقهما فرض حدود لنطاق تطبيق ارادتهما .

المطلب الثاني : القيود القانونية الواردة على حرية البيع والشراء

الفرع الاول : منع البيع (البيع المحظور)

¹- علي علي سليمان -المرجع السابق ص 101

²-يقول كاربونييه (أن عقد البيع من اكثر العقود التي يشعر الفرد عند ممارسته بأنه يشبع بواسطته رغبته في التعاقد، انظر يوسف زاهية حورية ، الواضح في عقد البيع دراسة مقارنة مدعمة باجتهادات قضائية وفقهية -دار هومة الجزائر ص 10

³-حسام الدين كامل الاهواني ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي دار السلاسل ، الكويت ص 05

لقد حدد المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية قائمة البيوع التي لا يجوز القيام بها والمتمثلة في كل من البيع بالمكافأة والبيع المشروط ، كذلك اعادة البيع بالخسارة ، ورفض البيع بدون مبرر شرعي والتي اعتبرها ممارسة تجارية غير شرعية ، سوف نتناولها في النقاط التالية :

اولا:حظر البيع بالمكافأة

نصت المادة 16 من القانون 02/04 على أنه : " يمنع كل بيع او عرض بيع لسلع وكذلك كل اداء خدمة او عرضها عاجلا او أجلا مشروطا بمكافأة مجانية من سلع او خدمات إلا إذا كانت من نفس السلعة او الخدمات موضوع البيع او تأدية الخدمة ، وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الاجمالي للسلع او الخدمات المعنية .

لا يطبق الحكم على الاشياء الزهيدة او الخدمات ضئيلة القيمة وكذلك العينات " .

إذن من خلال هذه المادة فقد اعتبر المشرع الجزائري البيع بالمكافأة ممارسة تجارية غير نزيهة تحرض المستهلك على التعاقد للحصول على سلعة او خدمة ، وسنتناول البيع بالمكافأة في نقطتين رئيسيتين:

1-مفهوم البيع بالمكافأة

2-الاستثناءات الواردة على منع البيع او الخدمة بمكافأة

1-مفهوم البيع بالمكافأة :

أ: تعريف البيع بالمكافأة :

يعرف البيع بالمكافأة بأنه ممارسة تجارية ممنوعة في قوانين الاستهلاك الحديثة تتمثل في عرض سلع او خدمات للبيع على المستهلك مقابل إعطائه مكافأة مجانية عاجلا او آجلا تتمثل في سلع او خدمات ما عدا اذا كانت هذه السلع ماثلة لذلك التي هي محل البيع او الخدمة .¹
إن اساس حظر البيع بالمكافأة هو حماية المستهلك في الدرجة الاولى ، ذلك أن العون الاقتصادي يأمل من خلال المكافأة الى حمل وتحفيز المستهلك على الزيادة في حجم مشترياته املا في الحصول

¹- عبد الحميد اخريف ، الدليل القانوني للمستهلك ، عقود الاستهلاك (البيع في المواطن، التعاقد عن بعد ، العقد الالكتروني) ط1 مطبعة اميمة ، فاس المغرب ، 2006.ص116

على تلك المكافأة المجانية ، لكن العون الاقتصادي دائما يدرس حساباته جيدا ويسترجع مقابل تلك المكافأة إما عن طريق الزيادة في ثمن السلع المباعة او الانتقاص من قيمتها أي بيع سلع ذات جودة ناقصة¹

ب-شروط حظر البيع بالمكافأة :

تتوقف مسألة حظر البيع بالمكافأة على توفر جملة من الشروط اهمها :

1. عدم تجانس المكافأة مع السلعة او الخدمة موضوع العقد ومثال ذلك أن تسلم المؤسسة زجاجة عطر لكل من يشتري بدلة.

2. مجانية المكافأة : ويقصد بهذا الشرط أن تكون المكافأة المسلمة من قبل البائع او مقدم الخدمة بدون مقابل بحيث لا يدفع الزبون سوى ثمن المنتج او الخدمة الاساسية موضوع العقد .

3. وجود علاقة بين شراء السلعة او الخدمة وتقديم المكافأة حتى نكون بصدد البيع بالمكافأة المحظور يجب أن ترتبط الهدية المقدمة ببيع سلعة او تقديم خدمة ، أما إذا تم منحها بدون أي التزام بالشراء فإنها تعتبر مشروعة .

2-الاستثناءات الواردة على حظر البيع او الخدمة بالمكافأة ((حالات إباحة البيع بالمكافأة)).

لقد اوردت المادة 16 من القانون رقم 04-02 استثناءات على مبدأ حظر البيع او تأدية الخدمة بالمكافأة ، وتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي :

*السلع او الخدمات المماثلة لمحل البيع او اداء الخدمة

يشترط أن تكون المكافأة من نفس السلعة او الخدمة محل العقد الاصلي فإذا كان الشيء المباع هو عبارة عن طماطم مثلا فيجب ان تكون المكافأة عبارة عن طماطم ايضا ، وأن يدفع الزبون ثمن 12 بيضة لتكون بذلك البيضة رقم 13 مجانية ، ويدخل ضمن هذا المفهوم ايضا ان، يمنح صاحب المكتبة الى زبونه الذي يشتري من عنده عددا معيناً من الكتب كتاباً اضافياً.

¹مجيدة الزياني، الحماية الجنائية لتكوين العقود المدنية ، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية ، جامعة الحسن الثاني ، الدار البيضاء ، المغرب ، 2007/2006 ص 356

*عدم تجاوز قيمة المكافأة 10%

يجب أن لا تتجاوز قيمة المكافأة 10 % من المبلغ الاجمالي للسلعة محل البيع والخدمة محل الاداء ، أي يكون مبلغ السلعة او الخدمة مضاعف 10 مرات على الاقل قيمة المكافأة ، اي إذا تبين أن قيمة المكافأة أكثر من 10 % من قيمة المبيع فلا يشملها الاستثناء ويصبح تقديمها غير قانوني.¹ فإذا كان مثلاً ما يدفعه المستهلك هو مبلغ 2000 دج لشراء كمية معينة من الدقيق ، فيجب أن تكون المكافأة عبارة عن كمية من الدقيق لا تتجاوز قيمتها 200 دج .

*الاشياء الزهيدة او الخدمات الضئيلة القيمة

يقصد بها ن تلك السلع او الخدمات الممنوحة كهدية مجانية من طرف المؤسسة لزبائنها والتي تكون قيمتها المالية صغيرة جداً مقارنة بسعر شراء السلعة او تقديم الخدمة موضوع العقد الاساسي ، كأن يوضع عليها ملصق او بطاقة يكتب عليها أنها مجانية و لا يمكن أن تكون محلاً للبيع مثال أن تمنح المؤسسة لكل من يقتني قارورة غاسول مشط مجاني .

*العينات

يقصد بالعيينة تلك الكمية الضئيلة من المنتج المراد بيعه والتي تسلم للمستهلك من قبل المؤسسة قصد تجربتها ، وتعتبر هذه الطريقة احد الاساليب الاشهارية التي تلجأ اليها المؤسسة من اجل التعريف بالمنتجات الجديدة ولفت انتباه الزبائن اليها ، ويشترط في العينة أن تكون معروضة في المحل بشكل واضح ، مع الاشارة الى كونها عينات مجانية وأنها ليست محلاً للبيع وإنما للإطلاع والتجربة .

وإذا توفرت في البيع المشروط بالمكافأة الشروط السابقة اعتبر ممارسة تجارية غير شرعية ، يعاقب عليها بغرامة من 100.000 الى 3.000.000 دج وذلك حسب المادة 35 من القانون 04-02.

ثانياً: حظر البيع المتلازم (البيع المشروط)

لقد تطرق المشرع الجزائري الى منع البيع المشروط او البيع المتلازم ، وذلك لما فيه مساس بحرية المستهلك في اقتناء ما يرغب من منتجات وخدمات لسد حاجاته من غير زيادة مرهقة له.

¹قارة سليمان محمد خليل ، الممارسات التجارية التديسية وقانون المنافسة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان / 2017/2016 ص 348

1- احكام البيع المشروط :

نصت المادة 17 من قانون 02-04 على أنه "يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة او اشتراط البيع بشراء سلع اخرى او خدمات وكذلك اشتراط تأدية خدمة أخرى او شراء سلعة . لا يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المباعة على شكل حصة شرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة " .

انطلاقا من المادة 17 اعلاه فانه يحظر كل شرط يلزم المستهلك بشراء كمية مفروضة من السلع محل العقد ، والأمر كذلك اذا كان محل التعاقد تأدية خدمة فيمنع كل شرط يقضي بأن ترتبط تأدية الخدمة محل الاداء على شرط اقتناء المستهلك لخدمة أخرى .

أ. اساس حظر البيع المشروط:

إن العلة من منع هذا النوع من البيع أنه يشكل الزاما للمستهلك بشراء أكثر مما يريد، ولا يرغب فيه ¹ وقد تضمن هذا النوع من البيع زيادة غير شرعية في السعر ، او رفضا للبيع وذلك حينما يرفض المستهلك اقتناء تلك السلع او تلك الخدمات الزائدة عن حاجاته ² .

ب. صور البيع المشروط (المتلازم)

حددت المادة 17 من القانون رقم 02/04 ثلاثة صور للبيع المشروط تتمثل فيما يلي :

اشترط البيع بشراء كمية مفروضة

في هذه الحالة يفرض البائع على المستهلك شراء كمية محددة ومفروضة من المنتج او يفرض عليه كمية لا يتم التعاقد تحتها ، مثال ذلك أن يشترط البائع على المستهلك ضرورة اقتناء ما لا يقل عن 05 كغ من البطاطا مثلا .

اشترط البيع بشراء سلع اخرى او خدمات

في هذه الصورة يفرض البائع على المستهلك شراء منتج اخر أو اداء خدمة مقابل بيع المنتج المطلوب ، ويتم اللجوء الى مثل هذا الاسلوب للتخلص من بعض السلع التي توشك على التلف أو السلع المكدسة التي لم تلقى رواجاً من خلال عرضها مع سلع اخرى مطلوبة للاستهلاك ،

¹- احمد خريجي ، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة باتنة ، السنة الجامعية

2016/2015

²- عدنان باقي لطيف ، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية - دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر 2012 ص 99

مثال ذلك أن يشترط بيع علبة جبن مقابل بيع أكياس حليب ، وقد يشترط البائع اداء خدمة معينة مقابل بيع السلعة كأن يشترط بائع الاسمنت أن يتولى هو نقلها على نفقة المشتري .
اشتراط تأدية خدمة بخدمة اخرى او شراء سلعة :

هذه الصورة تختلف عن الصورتين السابقتين كون محل العقد فيها هو تأدية خدمة ، وعليه يحظر أن يفرض المستهلك مقابل اقتناء خدمة اقتناء خدمة اخرى ، او شراء سلعة اخرى ، ومثال ذلك يفرض صاحب الفندق على النزيل تقديم فطور الصباح¹ .

ج-شروط مشروعية البيع المشروط (الاستثناءات الواردة على حظر البيع المشروط)
تضمنت الفقرة الثانية من المادة 17 من القانون رقم 02/04 الاستثناءات الواردة على منع البيع المشروط وافرزت اباحته بتوافر الشروط التالية:

*أن تكون السلعة من نفس النوع

يكون البيع صحيحا اذا كانت السلعة المبيعة والسلعة المفروضة معها من نفس النوع كما لو كانت هذه السلع مثلا الادوات المدرسية (كراريس ، مسطرة ، محفظة...الخ) فيمكن أن تعرض مع بعضها للبيع .

*أن تباع هذه السلع في شكل حصة :

يجب أن تكون السلع محل البيع تعرض تباع مع بعضها ، وبالتالي فالمستهلك على علم مسبق بالسلع التي تضمنتها كل حصة² .

*أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة

لا بد من عرض هذه السلع في شكل مجموعات او في أكياس حتى يتضح للمستهلك أنها تباع مجمعة اي في شكل حصص ، لكي لا يفاجأ عند طلبه لسلعة معينة انها تباع تبعا لأخرى . ونظرا لخطورة هذه الممارسات غير الشرعية اعتبرها المشرع مخالفة يعاقب عليها بغرامة من 100.000 الى 3.000.000 دج طبقا للمادة 35 من القانون 02/04.

¹-بختة موالك ، مبادئ المنافسة في الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة ، مطبوعة محاضرات القيت على طلبية الماجستير ، فرع قانون الاعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2004 ص 48

²-سميحة علال ، جرائم البيع في قانون المنافسة والممارسات التجارية ، مذكرة ماجستير في القانون ، جامعة قسنطينة 2005/2004 ص

ثالثا: حظر اعادة البيع بخسارة

لقد منع المشرع الجزائري البيع بالخسارة في المادة 19 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي تنص على منع اعادة بيع سلعة بسعر ادنى من سعر التكلفة الحقيقي مما يستوجب التطرق الى احكام هذا البيع وكذا الاستثناءات الواردة عليه.

1- احكام اعادة البيع بالخسارة :

اذا كان حظر اعادة البيع بالخسارة من شأنه ان يضمن وجود ممارسات تجارية مشروعية ، فإن الامر يقودنا الى التطرق الى اساس حظر البيع ، مجال تطبيقه وعتبة اعادة البيع بالخسارة .

أ: اساس حظر اعادة البيع بالخسارة

إن هذا الاسلوب كثير الانتشار في الاسواق واستعماله يؤدي الى ظهور المنافسة غير المشروعة ، والى تحويل الزبائن ، وهذا من شأنه أن يلحق اضرار كثيرة بمنافسي العون الاقتصادي ، فالظاهر أن إعادة البية بالخسارة هو في صالح المستهلكين ، لكن الحقيقة غير ذلك .

ب: مجال حظر اعادة البيع بالخسارة

- لقيام اعادة البيع بالخسارة لابد من وجود علاقة تعاقدية تامة حتى يتم الحديث عن إعادة البيع بالخسارة .

إن مجال منع إعادة البيع بالخسارة يتعلق بالسلع والمنتجات المعروضة للبيع على حالتها الاصلية دون تحويلها¹ (المنتجات المصنعة).

إن منع اعادة البيع بالخسارة يطبق على التعاملات التي يقوم بها الاعوان الاقتصاديين لا سيما المستوردون والبائعون بالجملة والبائعون بالتجزئة ، دون إعطاء اهمية لصفة الطرف المتعاقد اي المستعمل النهائي للسلعة فالأمر يستوى إذا كان مستهلك او عون اقتصادي .

¹-محمد الشريف كتو : قانون المنافسة والممارسات التجارية ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2010 ص 101

ج- عتبه اعاده البيع بالخسارة

لا نكون امام اعاده البيع بالخسارة المحذور قانونا إلا اذا كان سعر السلع المعاد بيعها أقل من سعر التكلفة الحقيقي حسب التعريف الذي اورده المشرع الجزائري في نص المادة 19 من القانون 02/04 سعر الشراء المكتوب على الفاتورة يضاف الى الرسوم والحقوق .

2- الاستثناءات الواردة على حظر اعاده البيع بالخسارة

إن الحظر المنصوص عليه في المادة 19 السالفة الذكر ليس مطلقا بل وردت عليه استثناءات استجابة للضرورة الاقتصادية ومتطلبات حسن التسيير وتفادي خسائر يمكن ذكرها فيما يلي :

- السلع التي بيعت بصفة ارادية بسبب تغيير نشاطها او انهاءها او اثر تنفيذ حكم قضائي كالحكم المتعلق بالإفلاس مثلا¹.
- السلع الموسمية وهي التي تكون متوفرة في موسم معين او هي المنتوجات المستهلكة بكثرة خلال مرحلة معينة (كما لو تعلق الامر بشهر رمضان مثلا) وكذلك السلع التي تعتبر من الطراز القديم والتي جرى تجاوزها تقنيا ولم تعد تتجاوب مع الطلب العام .
- المنتوجات التي يكون فيها سعر اعاده البيع يساوي سعر المطبق من طرق الاعوان الاقتصاديين الاخرين ، حيث سمح القانون للتاجر الذي تكون تكلفه منتوجاته مرتفعة أن يبيع بسعر منافسيه دون أن يكون مرتكبا لجريمة اعاده البيع بالخسارة².
- لقد اعتبر المشرع اعاده البيع بالخسارة من الممارسات التجارية الغير شرعية ويعاقب عليها بغرامة مالية من 100.000 الى 3.000.000 دج بالإضافة الى الغرامة التي تعد عقوبة اصلية ، فقد خول المشرع للقاضي امكانية فرض عقوبات تكميلية على العون الاقتصادي مرتكب المخالفة وتمثل هذه العقوبات في المصادرة³ ، نشر حكم الادانة في الصحف الوطنية⁴ ، المنع من ممارسة النشاط التجاري والشطب من السجل التجاري⁵.

¹-بن قري سفيان ، ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 02/04 مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة

بجاية ، 2009 ص 75

²-بن قري سفيان ، نفس المرجع ، ص 76

³-المادة 44 من القانون 02/04

⁴-المادة 47 من القانون 02/04

⁵-المادة 48 من القانون 02/04

رابعاً: رفض بيع سلع بدون مبرر شرعي

كل سلعة معروضة على نظر الجمهور تعتبر معروضة للبيع بهذا فإن رفض العون الاقتصادي بيع سلع دون مبرر شرعي يعتبر ممارسة تجارية غير مشروعة .

1- احكامها :

تناول المشرع الجزائري مسألة رفض البيع في المادة 15 من القانون رقم 02/04 واعتبرها ممارسة تجارية غير مشروعة.

أ: أساس حظر رفض البيع

إن حماية ارادة المستهلك وحرية في التعاقد من عدمه هي اساس حظر رفض البيع ، لانه من غير المقبول أن يرغب شخص ما في اقتناء حاجته كغيره من الناس ثم يجد نفسه محروما من شراء ما يعرض للبيع بسبب رفض التاجر التعاقد معه وهي حالة من حالات العرض الدائم والتي تنظمها نظرية العقد بمجرد قبول العرض يعقد العقد ويجب تنفيذه¹.

ب: شروط حظر رفض بيع سلعة دون مبرر شرعي

✓ يجب أن تكون السلعة معروضة على نظر الجمهور يستثنى من ذلك ادوات تزيين المحلات والمتوجات المعروضة بمناسبة المعارض او التظاهرات .

✓ أن يتم الرفض بصفة فعلية ويتحقق الرفض اذا تم تقديم طلب من المستهلك ورفض العون تلبية طلبه دون مبرر شرعي .

✓ عدم وجود المبرر الشرعي : حتى لا يكون الرفض البيع محظورا يجب تبريره بأي سبب مشروع ومن امثلة المبرر الشرعي رفض الصيدلية بيع الدواء دون وصفة طبية² واشتراط تقديم الترخيص اذا تعلق الامر بالمواد السامة او الكيميائية الخطيرة .

¹- هجيرة دنوني ، قانون المنافسة وحماية المستهلك ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، جزء 39 رقم 01 / 2002
²- تنص المادة 179 الفقرة الاولى من الامر رقم 02-20 المؤرخ في 30 اوت 2020 يعدل ويتمم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة ج ر ع 50 الصادرة في 30 اوت 2020. (لا يمكن ان يقدم الصيدلي المواد الصيدلانية الا بناء على وصفة طبية).

الفرع الثاني : تنظيم الممارسات التجارية (تنظيم البيوع او البيوع المقننة)

قد يلجا البائع الى القيام ببعض الممارسات التجارية من أجل التخلص من المخزون الراكذ لديه واستقبال المنتجات الجديدة فيقوم بإثارة العامل النفسي للمستهلك وحثه على اقتناء منتوجات وخدمات ليس في حاجة اليها ، بل مبهور بانخفاض اسعارها وجاهلا بما ينطوي عليه هذا النوع من الممارسات التجارية من غش وخداع سواء من حيث جودة المنتج او سعره مما جعل المشرع يتدخل لحمايته . لذلك اصدر المشرع مرسوما يضمن سلامة العملية التجارية التي تتم بين المستهلك والعون الاقتصادي والعون الاقتصادي وهو المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المؤرخ في 18/06/2006 الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود ، وهو مرسوم صدر لينظم احكام المادة 21 من القانون رقم 02/04 .

اولا: البيع بالتخفيض les soldes

1-تعريف البيع بالتخفيض

عرفته الفقرة الاولى من المادة 2 من المرسوم 06-215 بقولها "يشكل بيعا بالتخفيض البيع بالتجزئة المسبوق او المرفق بالإشهار والذي يهدف عن طريق تخفيض في السعر الى بيع السلع المودعة في المخزن بصفة سريعة".

اذن فهذا النوع من البيوع يعتمد فيه العون الاقتصادي الى تخفيض السعر قصد بيع السلع المودعة في مخازنه بصورة سريعة لتصريفها من جهة، وتمكين المستهلك من الاستفادة من تخفيض الاسعار من جهة اخرى.

2- السلع المعنية بالبيع بالتخفيض :

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 2 من المرسوم 06-215 على السلع المعنية بالبيع بالتخفيض بقولها "ولا يجوز ان يشمل البيع بالتخفيض إلا السلع التي يشتريها العون الاقتصادي منذ ثلاثة اشهر على الاقل ابتداء من تاريخ بداية البيع بالتخفيض".

هذا يعني انه يمنع على العون الاقتصادي شراء سلع لغرض بيعها بالتخفيض ويجب ان يكون حائزا على مخزون 03 اشهر على الاقل قبل تاريخ بداية البيع.

3- الفترة التي يجب فيها البيع بالتخفيض :

طبقا لأحكام المادتين 3 و 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-215 يرخّص البيع بالتخفيض مرتين في السنة، ويجب ان تتم كل عملية بيع بالتخفيض والتي تكون مدتها 6 اسابيع متواصلة خلال الفصلين الشتوي والصيفي.

ينجز البيع بالتخفيض خلال الفترات الممتدة بين شهري يناير وفبراير من الفترة الشتوية وبين شهري يوليو وأوت من الفترة الصيفية.

تحدد تواريخ فترات البيع بالتخفيض في بداية كل سنة بقرار من الوالي وباقتراح من المدير الولائي للتجارة المختص اقليميا بعد استشارة الجمعيات المهنية وجمعيات حماية المستهلك ويجوز للعون الاقتصادي ان يوقف عملية البيع قبل انتهاء المدة المحددة. غير انه يجب عليه اعلام المصالح المختصة للمديرية الولائية للتجارة المعنية كتابيا لدى مصالح هذه الاخيرة.

4- طريقة الاعلان عن البيع بالتخفيض

عل كل عون اقتصادي معني بالبيع بالتخفيض القيام بعملية الإشهار على واجهة محله التجاري وبكل الوسائل الملائمة الأخرى تواريخ بداية ونهاية البيع بالتخفيض والأسعار المطبقة سابقا وتخفيضات الاسعار الممنوحة .

تعرض السلع موضوع البيع بالتخفيض بصفة منفصلة عن السلع الاخرى وعلى مرأى من الزبائن ، اي دون تخزينها، كما تمارس هذه العملية في المحلات التي يمارس فيها الاعوان الاقتصاديين نشاطاتهم.

5-ملف طلب ممارسة البيع بالتخفيض

يجب على العون الاقتصادي الراغب في ممارسة البيع بالتخفيض تقديم طلب الى المدير الولائي للتجارة المختص اقليميا مرفقا بالوثائق التالية :

-نسخة من مستخرج السجل التجاري

-قائمة السلع موضوع البيع بالتخفيض وكمياتها

-قائمة تبين التخفيضات في الاسعار المقرر تطبيقها وكذا الاسعار الممارسة سابقا.

كل ايداع لملف مطابق يؤدي فورا الى تسليم رخصة الى العون الاقتصادي تسح له بالشروع في البيع بالتخفيض خلال المدة المحددة.

ثانيا : البيع الترويجي les ventes promotionnelles

1- تعريف البيع الترويجي :عرفته المادة 7 في فقرتها الاولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-215 بأنه "كل تقنية بيع سلع مهما يكن شكلها والتي يرمي العون الاقتصادي عن طريقها جلب الزبائن وكسب وفائهم".

2- السلع المعنية بالبيع الترويجي : على عكس البيع بالتخفيض فان البيع الترويجي يشمل جميع السلع مهما كان شكلها ، يقرر العون الاقتصادي من خلالها جلب زبائنه وكسب وفائهم.

3- طريقة الاعلان عن البيع الترويجي : على عكس البيع بالتخفيض ، فان البيع الترويجي يقرره التاجر بنفسه ، والذي يكون ملزما بإعلام المستهلكين عن طريق الاشهار على واجهة محله التجاري او عن طريق اية وسيلة اخرى ملائمة لتقنيات الترويج المستعملة ومدة الترويج والمزايا المقدمة¹.

4- شروط البيع الترويجي :بالرجوع لأحكام نص المادة 08 من المرسوم 06-215 ،فانه يجب على العون الاقتصادي الذي يريد ممارسة البيع الترويجي ان يودع تصريحاً لدى المدير الولائي للتجارة المختصة اقليمياً يحدد فيه:فترة البيع الترويجي،مختلف التقنيات التي يستعملها والأسعار الترويجية التي سوف يطبقها وهوية المحضر القضائي المعين ،عنوانه في حالة تنظيم عملية سحب بالقرعة.

5- الملف المطلوب لممارسة البيع الترويجي:يجب ان يكون طلب التصريح مرفقا بالوثائق التالية:

- نسخة من مستخرج السجل التجاري

- قائمة السلع موضوع الترويج

كل ايداع لملف مطابق يؤدي فورا الى تسليم رخصة الى العون الاقتصادي تسمح له بالشروع في البيع الترويجي خلال المدة المحددة².

6-مجانية المشاركة في سحب القرعة اذا كان البيع الترويجي متضمنا جوائز عن طريق سحب القرعة ،يمنع

على العون الاقتصادي اشتراط شراء سلعة او تقديم او طلب مقابل مالي ،بمعنى ان المشاركة في

السحب بالقرعة تكون مجانا،كما يلزم العون الاقتصادي بتبليغ المديرية الولائية للتجارة المختصة اقليمياً

¹- انظر المادة 3/7 من المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المشار اليه سابقا.

²-انظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي 06-215 السابق ذكره

وكذا المحضر القضائي بشروط تنظيم عمليات السحب بالقرعة وإعلان نتائجها. كما يتعين على العون الاقتصادي اعلام المستهلكين عن طريق الالصاق على واجهة محله وبكل الوسائل الاخرى الملائمة بعملية السحب بالقرعة.¹

ثالثا: البيع في حالة تصفية المخزونات les ventes en liquidation de stocks

1-تعريفه: هذا البيع مثله مثل البيع بالتخفيض ، يهدف الى تسهيل التصريف السريع للمخزونات ، يتم اثر التوقف المؤقت او النهائى للنشاط ، او تعديل جوهرى لشروط استغلاله.²

2- طريقة الاعلان عن حالة البيع في حالة تصفية المخزونات: كل عون اقتصادي معني بهذا البيع ملزم بالإعلان على واجهة محله التجاري عن طريق الالصاق وبأى وسيلة اخرى ملائمة، بداية ونهاية البيع في حالة تصفية المخزونات والسلع المعنية والتخفيضات في الاسعار الممنوحة وتمارس هذه البيوع في محلاتهم التجارية.

3-شروط البيع في حالة تصفية المخزونات: بالرجوع لأحكام نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 06-215 فانه يجب على العون الاقتصادي الذي يرغب في تصفية المخزونات ان يقوم بإيداع تصريح لدى المدير الولائي للتجارة يذكر فيه:

-بداية ونهاية البيع في حالة تصفية المخزونات
-السلع المعنية

-التخفيضات المقترحة في الاسعار

كما يجب ان يرفق التصريح بالوثائق التالية :

-نسخة من مستخرج الشطب من السجل التجاري ، او عند الاقتضاء نسخة من مستخرج الشطب من سجل الصناعة التقليدية والحرف

- في حالة التعليق المؤقت للنشاط ،تصريح شرقي للعون الاقتصادي يثبت غلق المحل التجاري ومدته.

- في حالة تغيير النشاط ، نسخة من مستخرج السجل التجاري او عند الاقتضاء نسخة من

مستخرج سجل الصناعة التقليدية والحرف تثبت تغيير النشاط.

-جرد السلع موضوع عملية التصفية وأسعار بيعها.

¹-المادة 09 من نفس المرسوم التنفيذي

²-المادة 10 من المرسوم التنفيذي نفسه

تسلم للعون الاقتصادي رخصة تسمح له بالشروع في البيع في حالة تصفية المخزونات خلال المدة المحددة¹.

رابعاً: البيع عند مخازن المعامل les ventes en magasins d'usines

1- تعريفه: يعتبر بيعاً عند مخازن المعامل² البيع الذي يقوم به المنتجون مباشرة إلى المستهلكين والأعوان الاقتصاديين ويعني خصوصاً الجزء من انتاجهم الذي لم يتم بيعه او اعيد اليهم³. حيث يكون البيع من المصنع دون المرور على الموزع او البائع بالجملة فيكون البيع بأسعار منخفضة لأنها من المصدر.

2- شروطه: يجب ان تكون لدى المنتجين الذين يمارسون البيع عند مخازن المعامل كل الوثائق اللازمة التي تثبت مصدر السلع المعنية.

كما يجب عليهم ان يعلنوا بكل الوسائل الملائمة بداية ونهاية البيع عند مخازن المعامل، السلع المعنية والتخفيضات في الاسعار الممنوحة⁴.

3- الملف المطلوب لممارسة البيع عند مخازن المعامل: يتعين على المنتج الراغب في ممارسة البيع عند مخازن المعامل ان يودع لدى المدير الولائي للتجارة المختص إقليمياً تصريحاً مرفقاً بالوثائق التالية:

- نسخة من مستخرج السجل التجاري او عند الاقتضاء نسخة من مستخرج سجل الصناعة التقليدية والحرف.

- قائمة وكميات السلع موضوع البيع عند مخازن المعامل.

- جدول يبين الاسعار التي ستطبق.

كل ايداع ملف مطابق يؤدي فوراً الى تسليم رخصة الى العون الاقتصادي تسمح له بالشروع في البيع عند مخازن المعامل خلال المدة المحددة.

خامساً: البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود les ventes au déballages

1- تعريفه: يعتبر بيعاً خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود بيع عون اقتصادي سلماً عن طريق عرضها في المحلات والأماكن والمساحات او بواسطة السيارات المعدة خصيصاً لهذا الغرض.

¹- المادة 12 من المرسوم التنفيذي 06-215 المشار اليه سابقاً.

²تقصد بمخازن المعامل منشآت اساسية يهينها المنتجون خصيصاً على مستوى مقر الانتاج لممارسة البيع للجمهور وتكون منفصلة عن وحدات الانتاج .

³- المادة 13 من المرسوم التنفيذي 06-215 السابق ذكره.

⁴المادة 15 من المرسوم التنفيذي 06-215 المشار اليه سابقاً.

ونظرا للطابع الاستثنائي ولخصوصية المكان الذي يقع فيه هذا النوع من البيوع، فان ذلك يؤدي الى جذب المشترين طمعا في اسعار منخفضة وطمعا في الحصول على سلعة جديدة وسط اكوام الطرود المنفكة، وغالبا ما يتم فك الطرد امام الجمهور.

2-شروطه:

-لا يمكن ان تتعدى مدة البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود شهرين قابلة للتجديد في السنة الواحدة.

-تحدد في بداية كل سنة الاماكن و المساحات المخصصة لهذا الغرض وكذا فترات البيع بواسطة فتح الطرود بقرار من الوالي المختص اقليميا وبناء على اقتراح من المدير الولائي للتجارة وبعد استشارة الجمعيات المهنية وجمعيات حماية المستهلك.

3-الملف المطلوب لممارسة البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود:

يخضع البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود الى ترخيص من الوالي المختص اقليميا وذلك على اساس ملف يقدمه العون الاقتصادي يتضمن:

- نسخة من مستخرج السجل التجاري او عند الاقتضاء نسخة من سجل الصناعة التقليدية والحرف.
 - نسخة من البطاقة الرمادية للسيارة المعدة للبيع .
 - قائمة وكميات السلع محل البيع
 - يفصل الوالي في طلب الرخصة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ ايداعه ، يعد عدم الرد في الاجل المحدد قبولا ضمينا .
 - في حالة رفض طلب الرخصة الذي يجب ان يبلغ للمعني كتابيا ، يمكن للعون الاقتصادي ان يرفع طعنا.
 - يتعين على كل عون اقتصادي معني ، الاعلام عن طريق كل الوسائل الملائمة عن بداية ونهاية البيع خارج المحلات التجارية والسلع الممارسة¹.
- سادسا: المخالفات والعقوبات

1- البيع بالتخفيض: الذي يمارس دون ان يكون موضوع تصريح مسبق او اعلان او يخص سلعا غير معلنة او خارج المدة المحددة يؤدي الى وقفه فورا ، حتى يسوي مرتكب المخالفة

¹-المادة 20 من المرسوم التنفيذي 06-215 المشار اليه سابقا.

- 2- وضعيته.غير انه لا يمنح مرتكب المخالفة الاستفادة من التسوية إلا اذا كانت المدة التي يمارس فيها دون ان يودع التصريح لا تتجاوز ثلاثة ايام ابتداء من بداية فترة البيع بالتخفيض¹.
- 3- البيع الترويجي: الذي يمارس دون ان يكون موضوع تصريح مسبق او اعلان او يخص سلعا غير معلنة الى وقفه فورا حتى يسوي مرتكب المخالفة وضعيته².
- 4- البيع في حالة تصفية المخزونات : الممارس دون ان يكون موضوع تصريح مسبق او اعلان ،او يخص سلعا غير معلنة ،يؤدي الى وقفه فورا ،حتى يسوي مرتكب المخالفة وضعيته³.
- 5- البيع عند مخازن المعامل : المنجز دون ان يكون موضوع تصريح مسبق او اعلان او منجز خارج المنشآت المهيأة لذلك او يخص سلعا غير معلنة،يؤدي الى وقفه فورا حتى يسوي مرتكب المخالفة وضعيته⁴.
- 6- البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود: الممارس دون تصريح مسبق ،او اعلان او منجز خارج المحلات والأماكن والمساحات او السيارات المعدة لذلك او خارج المدة المحددة او يخص سلعا غير معلنة يؤدي الى وقفه فورا للمدة المعينة⁵.

سابعا: الترخيص القضائي للبيع

لقد اوجب المشرع الجزائري ضرورة الحصول على الاذن في بعض التصرفات التي يقوم بها القاصر او نائبه الشرعي نصت عليه المادة 88 فقرة 2 من قانون الاسرة الجزائري بأنه " وعليه ان يستأذن القاضي في التصرفات التالية : 1 - بيع العقار.....". وباعتبار البيع من اعمال التي تشكل خطر على اموال القاصر ، جعل القانون هذا الاذن وسيلة للرقابة على هذه التصرفات وحماية اموال القاصر وضمان حقوقه.

على القاصر او نائبه الشرعي قبل بيع العقار الحصول على الاذن بالتصرف من القاضي المختص وذلك متى توافرت الشروط اللازمة التي نصت عليها المادة 89 من قانون الاسرة الجزائري بقولها " أن على القاضي ان يراعي في الاذن حالة الضرورة والمصلحة وان يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

¹-المادة 23 من المرسوم التنفيذي 06-215 السابق ذكره.

²-المادة 24 من المرسوم التنفيذي 06-215 السابق ذكره.

³- المادة 25 من المرسوم التنفيذي 06-215 المشار اليه سابقا.

⁴-المادة 26 من المرسوم التنفيذي 06-215 المشار اليه سابقا.

⁵-المادة 27 من المرسوم التنفيذي 06-215 السابق ذكره.

من خلال نص هذه المادة نجد ان هناك شروط يجب على القاضي مراعاتها عند تفحصه طلب الاذن بالتصرف تتمثل في حالة الضرورة والمصلحة وان يتم بيع العقار في المزاد العلني. معيار الضرورة: تندرج الضرورة ضمن الامور الطارئة التي لا تتحمل التأخير وليست من الامور المعتادة ، ويراد بها ان الانسان يجد نفسه في ظروف تهدد من المرتقب حدوثه ولا سبيل له للخلاص منه.

معيار المصلحة: يمكن ان تعرف بأنها منفعة القاصر ودفع الضرر عنه ، وهذا ما أكدته المادة 467 من ق ام ج بقولها " يمكن للقاضي قبل الفصل في الموضوع ، ان يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر ". الزم المشرع الجزائري من خلال هذه المادة مراعاة مصلحة القاصر قبل الاذن القضائي الذي يعتبر من اساسيات مباشرة اجراءات بيع الاموال العقارية. ان يتم بيع عقار القاصر بالمزاد العلني: حماية للأمالك العقارية الزم المشرع على ان يتم بيع عقار القاصر قضائيا بالمزاد العلني طبقا للمادة 783 من ق ام ج¹ . بالإضافة الى ان القاضي هو الذي يشرف بنفسه على عملية البيع وفقا لما نص عليه قرار المحكمة العليا رقم 68005 المؤرخ في 15/70/1990 وهو ما يعزز دوره أكثر في حماية اموال القاصر. فإذا قام الولي ببيع اموال القاصر دون الحصول على اذن مسبق من القاضي فان ذلك البيع يقع باطلا بطلانا مطلقا.

الفرع الثالث: الالتزام بالبيع

اذا كان من حق المالك عدم بيع ملكه من اجل المحافظة عليه ، فان هناك حالات خاصة تجبر الادارة على الخروج عن القاعدة العامة وفق شروط تحددها النصوص القانونية . فزرع الملكية بسبب المنفعة المقرر بموجب المادة 677 ق م ج هو :

¹ - تنص المادة 783 من ق ام ج على " يتم بيع العقارات او الحقوق العينية العقارية المرخص بيعها قضائيا بالمزاد العلني ، للمفقود ، وناقص الاهلية ، والمفلس ، حسب قائمة شروط البيع ، تودع بأمانة ضبط المحكمة ، سعادها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم او الوصي او الولي ، او بعدها وكيل التفليسة ، حسب الحالة ، تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الاتية :

1- الاذن الصادر بالبيع
2- تعيين العقار او الحق العيني تعيينا دقيقا ، لاسيما موقعه حدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الارضية واسمها ، عند الاقتضاء ، مفرزا او مشاعا . وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه ، وان كان العقار بناية ، يبين الشارح ورقمه وأجزاء العقارات.
3 - شروط البيع والتمن الاساسي.
4 - تجزئة العقار الى اجزاء اذا اقتضت الضرورة ذلك مع ذكر الثمن الاساسي لكل جزء.
5 - بيانات سندات الملكية .

اجراء استثنائي لان الاصل في اكتساب الادارة للأملاك التابعة للخواسب بطريق التراضي (التعاقد)، ولا يتم اللجوء الى نزع الملكية إلا في حالة عدم نجاح المحاولات الودية مع المالك، وهذا الشرط لا يمكن للإدارة تجوزه وهذا طبقاً للمادة 2 من المرسوم التنفيذي 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993¹ المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 11/91 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة².

- غايته تحقيق منفعة عامة وقد جاء في المادة 2 الفقرة 2 من قانون 11/91 انه " لا يكون نزع الملكية ممكناً إلا اذا جاء لتنفيذ لعمليات ناتجة عن تطبيقاً لإجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط، تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت اجراءات وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية. -الزامية دفع التعويض مسبق وعادل، حيث ان المشرع اوجب دفع تعويض قبلي عادل ومنصف، بحيث يغطي كل ما لحق المالك من ضرر وما فاتته من كسب بسبب نزع الملكية، وهذا التعويض يكون اما في شكل نقدي او في شكل عيني، كان يكون عقاراً مماثلاً للملكية المنزوعة - انه لا يقع إلا على العقارات، يمكن ان ينصب نزع الملكية على كل العقار او جزء منه، كما يمكن ان يكون مبنياً او غير مبني.

وترجع سلطة اصدار قرار نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية طبقاً لنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 186/93 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 11/91 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة حسب حالتين :

- اذا كانت الممتلكات العقارية المراد نزع ملكيتها تقع على اقليم ولايتين او عدة ولايات، فان قرار التصريح بالمنفعة العامة يصدر في شكل قرار وزاري مشترك بين الوزير المعني بالعملية ووزير الداخلية ووزير المالية .

وإذا كانت الممتلكات العقارية المراد نزع ملكيتها تقع على اقليم ولاية واحدة فان التصريح بالمنفعة العمومية يصدر بقرار من الوالي .

¹- التي تنص على " يخضع تطبيق الاجراء الخاص بنزع الملكية لتكوين المستفيد ملفاً قبل ذلك يشمل ما يأتي :
- تقرير يسوغ اللجوء الى اجراء نزع الملكية ويبرر النتائج السلبية التي تمخضت عنها محاولات الاقتناء بالتراضي....."
²- القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 افريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العمومية. ج ر ع 21 الصادرة في 08 ماي 1991.

كذلك في حالة البيوع الجبرية في نطاق اجراءات التنفيذ الجبري ، حيث يمكن للدائن الحصول عن طريق اجراء التنفيذ الجبري عن البيع الجبري والعلني لأموال مدينه دون ان يختار البائع المشتري فهو ملزم بالبيع لمن رسا عليه المزداد .

الفرع الرابع: حق الشراء لبعض الاشخاص دون الاخرين

فإذا كان المشرع قد مكن المالك على الشيوخ التصرف في حصته بكل حرية من غير ان يلحق ضررا بشركائه ، فقد منح في مقابل لباقي الشركاء ممارسة حق الشفعة وحق الاسترداد، بانتزاع ما تصرف فيه بعوض من يد المتصرف اليه فما هو حق الشفعة ؟ وما هو حق الاسترداد؟

اولا : حق الشفعة

1-تعريفها : نظم المشرع الجزائري الشفعة وأحكامها في المواد 794-807 من ق م ج حيث عرفها في المادة 794 " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار".

2 -الحالات التي تثبت فيها الشفعة : اذا كانت الشفعة عبارة عن رخصة ، فهي ايضا شرعت كطريق استثنائي ، لأنها تعد قييدا على حرية التصرف .

وعلى هذا الاساس فقد عمد المشرع الى تضييق حالات الاخذ بالشفعة وعدم التوسع فيها¹. وقد نصت المادة 795 من ق م ج على هذه الحالات بقولها " يثبت حق الشفعة وذلك مراعاة الاحكام التي ينص عليها الامر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لملك الرقبة اذا بيع الكل او البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .
- للشريك في الشيوخ اذا بيع جزء من العقار المشاع الى اجنبي
- لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها او بعضها.

3-شروط الشفعة: اشترط المشرع لثبوت الشفعة

- ان يكون التصرف عقد بيع على عقار
- ان ينعقد البيع صحيحا
- ان يتم البيع لشخص اجنبي
- يجب ان لا يكون البيع من البيوع الواردة في المادة 798 من ق م ج التي تنص " على انه :لا شفعة:
-

¹- توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الاصلية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،لبنان ،ص373.

- اذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات التي رسمها القانون ،
 - اذا وقع البيع بين الاصول والفروع او بين الزوجين او بين الاقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الاصحار لغاية الدرجة الثانية.
 - اذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة او ليلحق بمحل العبادة .
- 4- إجراءات الشفعة :** يمكن ان نلخص هذه الاجراءات فيما يلي :
- 1- اعلان الشريك الشائع رغبته في الشفعة :** وهذا يعني ان المشرع اشترط في الشريك الشائع اذا اراد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته للطرفين معا البائع والمشتري ، وذلك في مدة ثلاثين يوما من تاريخ الانذار الذي تلقاه الشفيع من البائع او المشتري. وقد اشترط المشرع في اعلان الرغبة في الشفعة شروط نجملها¹ :
- شكل اعلان الرغبة :** لقد اشترط المشرع ان يكون الاعلان رسميا وإلا كان باطلا، وذلك ما نصت عليه المادة 801 ق م ج.
- الاشخاص الموجه اليهم اعلان الرغبة :** اشترط المشرع ان يكون الاعلان في الرغبة موجه الى كل من البائع والمشتري² .
- ميعاد اعلان الرغبة :** يجب على الشفيع ان يعلن الرغبة خلال 30 يوم من هذا الانذار.
- ب - رفع دعوى الشفعة :** بعد ان يستوفي الشفيع الاجراءات السابقة ، يجب ان يرفع دعوى الشفعة حسب ما نصت عليه المادة 802 من ق م ج على أنه يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري امام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في اجل ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق".
- ثانيا: حق الاسترداد**
- 1- تعريفه :** نعني بحق الاسترداد حلول الشريك في المنقول الشائع او في مجموع المال الشائع يحوي عقارا محل المشتري للحصة الشائعة ، التي باعها شريك غيره للأجنبي.

¹- احمد خالدي ، الشفعة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري ، الطبعة الاولى ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص 209-212.

²- انظر المادة 799 من ق م ج.

2-شروط الاسترداد ان حق الاسترداد لا يرد إلا على منقول شائع قائم بذاته ، اوفي مجموع من المال لو كان ضمن هذا المجموع عقار¹. وحتى يثبت للشركاء حق الاسترداد يجب توفر الشروط التالية

ا- ان يصدر بيع من احد الشركاء في الشيوع (ان يكون البيع تاما وقد تم بالتراضي)

ب- ان يرد البيع على حصة شائعة في منقول او مجموع مال

ان يكون التصرف في حصة شائعة من منقول معين ،كالسيارة مثلا فهنا يثبت حق الاسترداد لباقي الشركاء.

- ان يكون تصرف الشريك في حصة الشائعة في المجموع من المال العقار والمنقول كالتركة التي تتكون من عناصر متعددة ،حيث نكون امام عدة اموال منفصلة عن بعضها البعض تدخل كلها ضمن الشيوع².

ج- ان يكون البيع لأجنبي

د- ان يكون المسترد هو احد الشركاء

3- اجراءات الاسترداد لقد نص المشرع الجزائري في المادة 721 من ق م ج عن اجراءات لابد ان تتوفر ليثبت حق الاسترداد ،وذلك من اجل توفير الحماية اللازمة لحقوق الشركاء من جهة ، وضمان استقرار المعاملات من جهة ثانية ،وهذه الاجراءات هي:

أ- وقت الاسترداد ان طلب الاسترداد يجب ان يكون محددًا بمدة زمنية معينة نصت عليها المادة 721 ق م ج وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع او من تاريخ اعلامه.

ولا يشترط القانون ان يكون هذا الاعلان رسميا فيصح ان يكون بكتاب مسجل او غير مسجل او حتى شفوي وأما اثبات الاعلان فيقع عبئه على كل من الشريك البائع والمشتري ويتم ذلك بكافة طرق الاثبات ،لان العلم بالبيع واقعة مادية³.

ب- حصول الاسترداد : يقوم المسترد بإعلان رغبته بالاسترداد خلال المدة المذكورة ،ولكن اذا لم يتم الاسترداد بالرضى ،وجب اتمامه بالقضاء ،حيث يختصم البائع والمشتري معا في كل مراحل الدعوى القضائية. والملاحظ ان المشرع لم ينص على قواعد خاصة بدعوى الاسترداد ،وهذا يعني ان مثل هذه الدعوى نخضعها للقواعد العامة ،ويكون على المسترد حينها تعويض المشتري عن كل ما انفقه من مصروفات.

المطلب الثالث :القيود الاتفاقية لحرية التعاقد

¹- السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، مجلد رقم 8 ط3 ،منشورات الحلبي الحقوقية ن بيروت ، لبنان، 1997 ،ص 852.

²- السنهوري الوسيط في القانون المدني ،المرجع السابق ،ص 770 .

³- السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، المرجع السابق ،ص 859.

فضلا عن القيود القانونية التي نص عليها المشرع ، فقد تنشأ قيود لحرية التعاقد من الاتفاق في حد ذاته فتكون هذه الحدود نتيجة ارادة المتعاقدين . وهكذا يحدث كي لا يتنافس بائعي سلعة معينة ان يتفقا على اقتسام السوق بينهم ، فيأخذ كل واحد منهم منطقة معينة للبيع يتمتع البيع خارجها ، كما يحدث ان يتفقا على بيع كمية معينة من السلع لا يمكن مجاوزتها او على تحديد ثمن لا يمكن تجاوزه.

هذا النوع من الاتفاقات وان كان مسموح به ، فقد يمنعه قانون المنافسة وهنا يمكن الاشارة الى المادة السادسة من قانون 12/08 المؤرخ في 25 جوان 2008 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم للأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2008 التي منعت الممارسات والأعمال المدبرة وغيرها التي تهدف او يمكن ان تهدف الى عرقلة او الحد او الاخلال بجرية المنافسة في سوق ما ، وذلك تحت طائلة عقوبات مالية من طرف مجلس المنافسة.

المبحث الثالث: مبدأ الرضائية والقيود الواردة عليه (عقد البيع الوارد على العقار نموذجا)

يعتبر عقد البيع العقاري من عقود المعاوضة ، ويتطلب لانعقاده صحيفا توافر مجموعة من الاركان نص عليها المشرع الجزائري ، حيث يؤدي انعدام اي ركن من هذه الاركان الى بطلان العقد بطلانا مطلقا وبما ان عقد البيع العقاري هو وجه من اوجه عقود البيع فهو يتطابق مع العقود الاخرى في وجوب توافره على الاركان الموضوعية العامة من تراضي ومحل وسبب بكل ما يتضمنه كل ركن من شروط والتي اوردها المشرع الجزائري في احكام القانون المدني . في حين يختلف معها في وجوب توافر ركن الرسمية الذي فرضه المشرع الجزائري ، حيث يجب ان يفرغ عقد البيع الوارد على العقار في شكل رسمي.

المطلب الاول: الاركان العامة لعقد البيع الوارد على عقار

يعد البيع في الاصل من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد حصول التراضي بين البائع والمشتري ، وطبقا للقواعد العامة فان اركان عقد البيع الوارد على عقار ثلاثة هي التراضي المحل والسبب ، وسنتطرق لذلك كمايلي:

الفرع الاول: التراضي في عقد البيع الوارد على عقار

يشترط لانعقاد عقد البيع الوارد على عقار اقتران ارادتين متطابقتين اي وجود ايجاب معين وقبول مطابق له ، فإذا كان وجود التراضي كافي لوجود العقد فانه لا يكفي لصحته ، فلكي يكون العقد صحيفا يجب ان يصدر من شخص ذي اهلية ولم تتعرض ارادة احد المتعاقدين لأي عيب من عيوب الارادة.

اولا : وجود التراضي

لا ينعقد عقد البيع العقاري إلا بتطابق ارادتي البائع والمشتري تطابقا تاما، ويستوي في ذلك ان يصدر الايجاب من البائع او المشتري، وهذا ما جاءت به المادة 59 من ق م ج بقولها " يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلاص بالنصوص القانونية". ويكون التعبير عن الارادة باللفظ او الكتابة او الاشارة، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع اي شك في دلالة على مقصود صاحبه، ويمكن ان يكون التعبير عن الارادة ضمنا ما لم يوجد نص قانوني او اتفاق بين الطرفين يقضي ان يكون صريحا¹.

ولكي يتحقق وجود التراضي يجب الاتفاق على العناصر الجوهرية للبيع التي تتمثل في طبيعة العقد والتمن والشيء المبيع. اما بالنسبة للعناصر الثانوية كمكان وزمان دفع الثمن ووقت تسليم المبيع، فلا يجب الاتفاق عليها بل يكفي ان لا يحصل خلاف بين الطرفين بشأنها.

ثانيا: صحة التراضي

نقصد بالاهلية في نطاق ركن التراضي هو اهلية الاداء، فهي ترتبط بقدرة الشخص على التمييز، هذه القدرة تختلف من شخص لآخر، ويرجع ذلك الى صغر السن، او بالتأثر بعوارض الاهلية كالجنون والعتة اللذان يعدمان الأهلية السفه والغفلة اللذان ينقصان الاهلية. كما ان المشرع الجزائري ربط اهلية الاشخاص بسنهم، فالشخص الذي لم يبلغ سن الثالثة عشر يعد عديم الاهلية وتكون تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا. وقد اجاز المشرع الجزائري للصبى المميز الذي بلغ سن الثالثة عشرة سنة ولم يكمل التاسعة عشرة سنة حق التصرف في امواله في حدود شروط معينة، فقد نصت المادة 83 من قانون الاسرة الجزائري على انه " من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة اذا كانت نافعة له وباطلة اذا كانت ضارة به وتتوقف على اجازة الوالي او الوصي فيما اذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الامر للقضاء".

ولما كان البيع العقاري من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فانه يجوز للصبى المميز ابرامه، لكنه يبقى قابل للإبطال لمصلحته ألا اذا اجازه وليه او وصيه او اجازه القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد.

ثالثا: خلو الارادة من العيوب

يجب ان يكون الرضاء بالبيع والشراء الوارد على العقار كما هو الشأن في جميع التصرفات القانونية سليما من عيوب الرضا المعروفة، وهي الغلط، التدليس، الاكراه والاستغلال.

¹ - انظر المادة 60 من ق م ج .

لم تنص الإرادة التشريعية الجزائرية على هذه العيوب في قواعد البيع، اكتفاء بما أورده في القواعد العامة في باب الالتزام من المواد 81 إلى 91 من ق م ج. فان تعرضت ارادة احد المتعاقدين لعيب من هذه العيوب جاز للطرف المتضرر ابطال عقد البيع.

يكتسي الغبن اهمية خاصة في عقود البيع المنصبة على العقارات، ويمكن اعتباره المظهر المادي للاستغلال، حيث وضع المشرع الجزائري نصا خاصا بشأن العقار متى وقع البائع في غبن يزيد عن الخمس من القيمة الحقيقية للعقار وقت البيع، فيجوز للبائع تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما اذا كان الغبن يزيد عن الخمس ان يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع¹. ويجب ان ترفع دعوى تكملة الثمن خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع². ويشترط ايضا ألا يكون البيع قد تم بطريق المزايا العلني³.

الفرع الثاني: المحل

ان البيع العقاري عقد يرتب التزاما على عاتق كل من البائع والمشتري واهم التزام يقع على البائع هو نفل ملكية العقار، ولذلك يعتبر العقار محلا في عقد البيع، اما اهم التزام يقع على المشتري هو دفع الثمن ولهذا يعتبر الثمن محلا ثانيا في عقد البيع الوارد على العقار. فالمحل هنا مزدوج يتكون من العقار والثمن⁴، وباعتبار ان العقار هو المحل الاول لعقد البيع، يجب ان تتوافر فيه مجموعة من الشروط، وأول شرط ان يكون ملكا للبائع و ان يكون موجودا وقابلا للوجود في المستقبل ومن امثلته البيع على التصاميم الذي تناول احكامه القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁵، حيث عرفته المادة 28 منه على انه "عقد البيع على التصاميم لبناية او جزء من بناية مقرر بناؤها او في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الارض وملكية البنائيات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الاشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز⁶.

كما يجب ان يكون المحل معيناً وهذا ماورد في المادة 94 من ق م ج بقولها " اذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب ان يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا.....". وتعيين العقار يكون بذكر موقعه، حدوده، مساحته ورقمه اذا شمله المسح العام للأراضي. كما يجب ان يكون المبيع مشروعاً اذ توجد عقارات تخرج عن التعامل بحكم القانون كالعقارات الموقوفة، والعقار الموقوف هو المال المحبوس عن تملكه

¹ - انظر المادة 358 ق م ج.

² - انظر المادة 359 ق م ج.

³ - انظر امادة 360 ق م ج.

⁴ - سي يوسف زهية، عقد البيع، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008، ص 65.

⁵ - ج ر ع 14 الصادرة في 6 مارس 2011.

⁶ - عقد بيع عقار على التصاميم يرد على محل لم يتم انشاؤه بعد، وهذه الصفة التي يتميز بها محله هي التي تضفي على هذا العقد نوعاً من الخصوصية تميزه عن بقية العقود.

والتصرف فيه ، وجعله على وجه من وجوه البر والإحسان . كما لا يجوز التعامل في اموال الدولة او حجزها او تملكها بالتقادم¹ . كما لا يجوز التعامل في التركات المستقبلية وذلك وفق لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 92 من القانون المدني الجزائري " غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الاحوال المنصوص عليها في القانون".

اما الثمن باعتباره المحل الثاني في عقد البيع يجب ان يكون نقديا، يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل التزام هذا الاخير بنقل ملكية العقار المبيع للمشتري ، والاتفاق على الثمن يقتضي تعيينه او بيان الاسس التي تؤدي الى تقديره، وهذا ما نصت عليه المادة 356 ق م ج . كما يجب ان يكون الثمن حقيقيا اي جديا، وهو الذي يكون مقابلا حقيقيا للمبيع ، ويعتبر الثمن غير حقيقي اذا كان صوريا او تافها.

الفرع الثالث : السبب

تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري " اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام او للآداب كان العقد باطلا".

بناء على هذا النص فان عقد البيع الوارد على عقار الذي يكون سببه غير مشروع او مخالف للنظام العام او الآداب يكون باطلا بطلانا مطلقا، كسواء كان لاستعماله كمكان للدعارة او القمار.

المطلب الثاني : القيود الواردة على مبدأ الرضائية (الشكلية)

تعتبر الملكية العقارية المجال الخصب لتطبيق الشكلية الرسمية في العقود التي تنشأ في دائرتها وأهمها عقد البيع الواقع على العقار ، حيث اشترط المشرع الجزائري ا فراغ الارادة في شكل رسمي فنص في المادة 12 من قانون التوثيق² على مايلي "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها الى شكل رسمي فان العقود التي تتضمن نقل العقار او حقوقا عقارية ... يجب تحت طائلة البطلان ان تحرر هذه العقود في شكل رسمي...". نفس النص كرسته المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري. وتجدر الاشارة ان البيع في بلادنا كان قبل صدور الامر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق خاضعا لأحكام القانون الفرنسي طبقا للقانون الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1962 الذي مد انداك العمل بالقوانين الفرنسية متى لم يكن من شأنها المساس بالسيادة الوطنية.

¹- انظر المادة 689 ق م ج .

²- الامر رقم 91/70 المؤرخ في 15 سبتمبر 1970 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، ج ر ع 71.

وعليه فان البيع الوارد على العقار كانت تسري عليه احكام القانون الفرنسي¹ التي تعتمد الرضائية اصلا في عقد البيع، بحيث يكفي لانعقاده تبادل الرضا بين البائع والمشتري على عقد البيع والمبيع والتمن دون الحاجة الى افراغه في قالب رسمي سواء كان محله عقارا او منقولا اذ يتم بكل عبارة دالة عليه او كتابة عرفية او رسمية.

ولعل السب الذي دفع بالمشرع الجزائري الى اعتبار البيع الوارد على عقار عقدا شكليا هو تمكين الدولة من مراقبة جميع التصرفات الواردة على العقارات نظرا لأهميتها في الحياة الاقتصادية للدولة مما يستدعي تدخل الدولة باستمرار لتنظيمها. كما ان الشكلية تقرر لصالح البائع والمشتري معا، فبالنسبة للبائع يحاط علما بآثار البيع ويدرك اهمية تصرفه، اما بالنسبة للمشتري فانه يتأكد من اصل الملكية ومن اهلية البائع، فضلا عن ان المحرر الرسمي المتضمن عقد البيع يضع بين المتعاقدين سنداً قابلاً للتنفيذ مما يحقق استقرار المعاملات².

هذا ويقصد بالشكل الرسمي في عقد البيع الوارد على عقار افراغه في محرر رسمي الذي تتناوله من خلال تعريفه وكذا شروطه القانونية.

الفرع الاول : المحرر الرسمي

اولا : تعريفه : لقد تناول المشرع الجزائري تعريف العقد الرسمي من خلال المادة 324 ق م ج بقولها "العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه موظف او ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه او ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه

ثانيا : شروط صحة المحرر الرسمي

من خلال نص المادة 324 ق م ج يمكن ان نستخلص الاسس التي من خلالها تستمد المحررات الناقلة للملكية العقارية الصبغة الرسمية والتي يمكن اجمالها فيما يلي :

1- صدور المحرر من موظف عام او ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة

لا يكتسب العقد صفة الرسمية إلا اذا كان محررا من طرف شخص مؤهل قانونا وهو اما الموظف الضابط العمومي، الشخص المكلف بخدمة عامة.

فالموظف العام هو كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، فموظفو الولايات والبلديات والوزارات والإدارات العمومية ومدراء املاك الدولة لهم صلاحية تحرير المحررات الرسمية التي تتنوع حسب

¹ -l'article 1582 du code civil français dispose que « la vente est une convention par laquelle l un s oblige a livrer une chose ,et l autre a la payer . elle peut être faite par acte authentique ou sous seing prive .

² -محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ص 31.

اختصاص كل واحد منهم ،فمثلا مدير املاك الدولة يبرز دوره في نقل الملكية العقارية للدولة باعتبارها موظف الدولة.

اما الشخص المكلف بخدمة عامة هو الشخص الذي يخول له القانون هذه الصفة بسبب المهمة التي اسندت كالخبير الذي تعينه المحكمة ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبة. والضابط العمومي هو كل شخص يخوله القانون سلطة التصديق على المحررات وإعطائها الصبغة الرسمية بسبب المهنة ،كالمحضر القضائي والمترجم والموثق الذي يعود له الدور في تحرير عقود بيع العقارات.

2- سلطة و اختصاص الموظف او الضابط العمومي في تحرير العقد الرسمي

يقصد بالسلطة ان تكون للموظف او الضابط العمومي اوالشخص المكلف بخدمة عامة الولاية والأهلية لتحرير الاوراق الرسمية ،واذا كان الموثق اهلا لتحرير جميع الاوراق الرسمية التي تدخل في اختصاصه بما فيها البيوع الواردة على العقارات فانه وردت مع ذلك في المادتين 19 و21 من قانون التوثيق 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق¹ حالات تمنعه من تحرير بعض الاوراق الرسمية بحيث ان قام بها اعتبرت باطلة.

فلا يكون مختصا في تحرير العقود التي يكون له فيها مصلحة خاصة كما لو كان طرفا في العقد او ممثلا او مرخصا له بأية صفة كانت كان يكون وكيفا او تتضمن تدابير لفائدته.

ولا يحجر العقود المتعلقة بأحد اقاربه وأصهاره حتى الدرجة الرابعة. كما يمنع عليه تحرير العقد الذي تكون فيه الجماعة التي هو عضو في مجلسها طرفا فيه دفعا مظنة المحاباة او التأثير.

ولا يكفي لاكتساب المحرر صفة الرسمية ان يكون صدوره داخلا في حدود سلطة الموظف او الضابط العمومي او الشخص المكلف بالخدمة، وإنما يجب كذلك ان يكون هؤلاء الاشخاص مختصين بإصدارها اختصاصا نوعيا ومكانيا.

يشترط القانون ان يكون الموظف مختصا نوعيا من ناحية نوع الورقة التي يقوم بتحريرها ،فيختص

القاضي بإصدار الاحكام القضائية ،والموظف بتحرير السندات الرسمية كالقرارات والمقررات الادارية. وقد تناولت المادة الثالثة من قانون 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق الاختصاص النوعي للموثق فجعلته مختصا بتحرير جميع العقود الواردة على العقارات ومثالها البيع العقاري والرهن الرسمي .

¹-المنشور في ج ر ع 14 الصادرة في 08/03/2006.

كما يشترط القانون ان يتحدد اختصاص الموظف بمكان تواجد عمله ولا يتعداه الى اختصاص جهة اخرى ،فضابط الحالة المدنية مثلا لا يجوز له ان يحرر شهادة الاقامة لشخص غير تابع لبلدياته. اما بالنسبة للموثق، فقد كان اختصاصه اقليمي في ظل الامر 91/70 المتضمن قانون التوثيق القديم، يتحدد بدائرة اختصاص المحكمة التي يباشر فيها عمله . وحين صدر قانون التوثيق 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988¹ اصبح الاختصاص الاقليمي لمكاتب التوثيق يمتد الى كامل التراب الوطني ، وهو ما أكده قانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق في المادة الثانية منه " تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها احكام هذا القانون والتشريع المعمول به ويمتد اختصاصها الاقليمي الى كامل التراب الوطني".

3-وجوب تحرير العقد الرسمي وفقا للأشكال القانونية :

يقصد بذلك أنه يجب تحرير المحررات الرسمية وفقا لشكليات محددة بموجب التشريع المعمول به ، لأن هذه الشكليات هي التي تضي على المحررات طابعا رسميا فتكون بذلك صحيحة . وبالتالي يعتبر البيع صحيحا إذا تم وفقا للأشكال القانونية طبقا لما نصت عليه المادة 324 من ق م ج وتبيان هذه الاشكال يقضي منا :

- تحديد البيانات الخاصة بالأشخاص المتدخلين في تحرير العقد
- تحديد البيانات الخاصة بشكل العقد
- تحديد البيانات الخاصة بموضوع العقد

أتحديد البيانات الخاصة بالأشخاص المتدخلين في تحرير العقد

الأشخاص المتدخلين في تحرير عقد البيع العقاري هم الموثق ، البائع المشتري والشهود .
الموثق : يجب على الموثق باعتباره ضابط عمومي يتولى تحرير العقود الرسمية المتعلقة بالعقار أن يذكر اسمه ولقبه ومقر اقامته ، وفي الحالة التي ينوب عنه احد زملائه فانه يجب ان يشار الى ذلك.

¹-المنشور في ج ر ع 28الصادرة في 13/07/1988.

البائع والمشتري : يجب على اطراف العقد في البيع العقاري ذكر الاسم واللقب والصفة بائعا كان او مشتريا ، والمسكن وتاريخ الميلاد ومقر الإقامة ، وإذا كان احد الاطراف او كلاهما عين موكلا لإبرام العقد فيجب أن يقدم الوكالة في شكل رسمي .

الشهود : (شهود تأكيد) يضمنون هوية المتعاقدين

يجب ذكر الاسم واللقب والصفة والمسكن

المترجم : وفي بعض الاحيان يكون أحد الاطراف او كلاهما لا يعرف اللغة العربية ، وفي هذه الحالة يجب اللجوء الى مترجم باعتباره يلعب دورا في تحرير هذا العقد ن فإنه يجب لزوما ذكر اسمه ولقبه وموطنه .

ب-البيانات الخاصة بشكل العقد :

بالرجوع الى المواد 28/27/26 من قانون رقم 02-06 المتضمن قانون التوثيق فإذا حرر الموثق عقد في حدود اختصاصه وجب عليه احترام البيانات التالية :

- وجوب تحرير العقد باللغة العربية بطريقة واضحة
- يجب ألا يستعمل الاختصار ، بل يجب كتابة الكلمات والأسماء كاملة
- يجب ألا يترك بياض ، إذ يجب ملئ البياض بخط مستقيم
- يجب أن يكتب الثمن بالأحرف ولا مانع كتابته بالأرقام الى جانب الاحرف
- يجب أن يكتب تاريخ تحرير العقد بالأحرف كذلك (السنة ، الشهر ، اليوم)
- يجب أن يوقع على ذلك كل من الموثق ، الاطراف ، الشهود بالأحرف الاولى من اسماءهم
- يجب حصر عدد الكلمات المشطوبة إن وجدت في النهاية ، ويجب أن يتم المصادقة عليها من طرف الموثق ، الاطراف ، الشهود .

ج-البيانات الخاصة بموضوع العقد :

فهي تتعلق بالتصرف القانوني الثابت في العقد ، ففي عقد البيع العقاري يجب أن يذكر في العقد تاريخ إبرامه ، ويحدد هذا التاريخ باليوم والشهر والسنة ومكان إبرامه .

كما يتعين ذكر طبيعة وحالة ومضمون وحدود العقار ، وذكر اصل الملكية ، بالنسبة لبائع العقار أي ذكر المالك السابق وذكر اكتساب البائع لهذا العقار ، وهذا ما يتضح من نص المادة 324 مكرر 1 من ق م ج . ويذكر الى جانب ذلك الثمن الذي تلقاه الموثق من المشتري طبقا لما تقضي المادة 324 مكرر 1 ايداع 5/1 المبلغ بين يدي الموثق .

وبعد ذكر جميع البيانات وجب على الموثق قبل أن يوقع ذوو الشأن على العقد أن يتلوا عليهم الاحكام التشريعية الخاصة بالضرائب ليبين لهم الاثر القانوني المترتب على التصرف الذي يقدمون عليه. وقد جرت العادة على أن يقرأ الموثق ايضا النص الكامل للعقد الذي حرره حتى يكونوا على دراية كاملة بمحتواه ، فإذا تم وقع الموثق على العقد ووقع معه الاطراف والشهود ، ووقع معهم المترجم أن وجد بالنسبة للأطراف¹ والشهود ، ويمكن أن يكتفى الموثق ببصماتها اذا كان احدهما او كلاهما لا يعرف القراءة او لا يستطيع التوقيع .

ثالثا : جزاء تخلف الشكيلة في عقد البيع الوارد على عقار :

إن عدم اتباع احكام الشكل في عقد بيع العقار يؤدي الى بطلانه بطلانا مطلقا ، وهذا البطلان يتقرر لكل من له حق يتأثر بوجود العقد او بزواله ن ويثبت هذا الحق للخلف العام والخلف الخاص ويجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها طبقا لأحكام المادة 102 من ق م ج . وإذا بطل عقد البيع زالت كل اثاره وتعين اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ومن ثم يلزم المشتري برد العقار المبيع كما يلزم البائع برد الثمن الذي اخذه وإذا استحال الاسترداد حكم القاضي على من استحال عليه الرد بان يدفع الى الطرف الاخر تعويضا معادلا². إن ما يقال في بيع العقار من احكام خاصة بالبطلان يقال ايضا في الوعد بالبيع ، فيجب ان يتوفر فيه الشكل الخاص الذي يجب توافره في العقد المنتظر طبقا لأحكام المادة 71 فقرة الثانية من ق م ج التي تنص : " إذا اشترط القانون لتمام العقد استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق ايضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد "

¹-انظر المادة 324 مكرر 2 من ق م ج . وطبقا للمادة 256 ف1 من قانون التسجيل (الامر 105/76 المعدل بموجب قانون المالية رقم 19-14 المتضمن قانون المالية لسنة 2020 فإنه يتم دفع لزوما 5/1 من ثمن نقل الملكية ، فإذا كان الثمن مؤجلا فإنه يتم عند كل اجل الدفع بين يدي الموثق الى غاية بلوغ الخمس المادة 256 ف2 .

²- راجع المادة 103 ق م ج.

رابعاً :-حجية المحرر الرسمي :

إذا توفرت في المحرر الرسمي الشروط السالفة الذكر اكتسب صفة الرسمية وأصبحت له ذاتية في الإثبات ، بحيث يطلب ممن ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها وليس له من طريقة لهذا الادعاء إلا الطعن بالتزوير .

تنص المادة 324مكرر 6 ف1 من ق م ج " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الاطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن " .

تنص المادة 324مكرر 5 "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني " .

ويتضح من هاتين المادتين أن المحرر الرسمي يعتبر حجة على صحة ما دون فيه ولا تنتفي هذه الحجية إلا بإثبات تزويره. واعتبر المشرع الجزائري المحرر الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويحتج به في مواجهة الاطراف والغير.