



Contracts law and market legislations: a model of the coexistence of public law and private law



Received: 16/04/2024; Accepted: 02/06/2024

Dr. Ahmed BAADJI *

Faculty of Law, University of Algiers-1 -, Algeria Email: a.baadji@univ-alger.dz

قانون العقود وتشريعات السوق: نموذج لتعايش القانون العام والقانون الخاص

الكلمات المفتاحية:

القانون العام ؛
القانون الخاص ؛
السوق ؛
العقد ؛
المقاربة التمييزية؛
المقاربة التعايشية .

ملخص

فشلت المقاربة التمييزية التي كانت بين القانون العام و القانون الخاص، عبر التخلي عن إيديولوجية الدولة صاحبة القوة، و على الفرد الخضوع، و استبدل هذا المنطق، بتصوّر مغاير، يعطي مقاربة جديدة للعلاقة ما بينهما، عبر ظهور إيديولوجية السوق، التي تقاربت فيها المصلحة العامة بالمصلحة الخاصة، و تصدّرت المقاربة التعايشية العلاقة ما بينهما، لذلك تساءلنا حول إمكانية استمرار و بقاء هذا التمييز التاريخي أمام هذه الإيديولوجية الجديدة، فضلا عن تأثير التلاقي ما بين قانون العقود و تشريعات السوق، و قد توصلنا إلى وجود تكامل من خلال صورتين، فالصورة الأولى، أظهرت تفوّق إيديولوجية السوق على إيديولوجية الدولة، أمّا الصورة الثانية، فهي تستند إلى متطلبات عملية و وظيفية، تجبر فروع القانون على التعاون فيما بينها، و هذا ما يبرر فكرة عدم التمييز ما بين القانون العام و القانون الخاص.

Abstract

The discriminatory approach that was between public law and private law, by abandoning the ideology of the powerful state, and the individual must submit, and replaced a different perception, gives a new approach to the relationship between them, through the emergence of the ideology of the market, in which the public interest converged with the private interest, Therefore, and the coexistence approach topped the relationship between them, and we wondered about the possibility of the continuation and survival of this historical distinction in front of this new ideology, by the impact of the convergence between contract law and market legislations, and we came to the existence of integration through two forms, the first image, showed the superiority of the market ideology over the ideology of the state, but The second image, it is based on practical and functional requirements, forcing the branches of law to cooperate with each other, and this justifies the idea of non-discrimination.

Keywords:

Public law ;
private law ;
market ;
contract ;
discriminatory
approach;
coexistence approach.

* Corresponding author, e-mail: a.baadji@univ-alger.dz

Doi:

مقدمة

يعرّف القانون بأنه مجموعة من القواعد التي تنظم سلوك الأفراد و العلاقات المتنوعة التي تربط بينهم داخل المجتمع¹، و هذا الأخير لا يخلو من المعتقدات و الإيديولوجيات المختلفة، سواء كانت سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية، و بالتالي يبقى حقيقة نسبية و ليست مطلقة، لكون القانون يؤثر في وضعية الفرد و المجتمع، و بالتالي يستحيل فصل ذلك عن فكرة القانون و تطوره، فالقانون لا يتوقف عن إعادة البناء، تجاوبا مع تغير الإيديولوجيات و التكيف مع المتطلبات العملية، و هذا حال التقسيم الكلاسيكي لفروع القانون الوضعي بين القانون العام، و القانون الخاص.

فقد انطلق النقاش الفقهي من الجديد، حول التمييز بين القانون العام و القانون الخاص عقب الحرب العالمية الثانية، من أجل استقلال القانون العام و القانون الخاص، خاصة مع قدوم الدولة الليبرالية²، و اعتبارا بأن القانون العام، هو قانون سياسي باعتباره يحكم العلاقة بين الحكّام و المحكومين، أمّا القانون الخاص فهو القانون المدني الذي يحكم العلاقات بين المواطنين، و قد تولى الأستاذ Domat تعريف القانون الخاص، بأنه يمثل القوانين التي تنظم العلاقات ما بين الأفراد و الاتفاقيات، كما نجد الكلام نفسه لدى Duguit حول تعريف القانون العام، بأنه "مجموعة القواعد القانونية المطبقة من الدولة أو الحكومة و أعوانها في علاقاتهم فيما بينهم أو مع الأفراد"، أمّا القانون الخاص، فهو "مجموعة من القواعد العرفية أو المكتوبة المطبقة في علاقات الأفراد".³

كما لم يختلف الفقه على المعايير القانونية التي تميّز القانون العام عن القانون الخاص، و قد اقترحوا معايير كثيرة، منها معيار المصلحة هل هي مصلحة خاصة أم عامة؟ و معيار طبيعة القواعد هل هي أمرة أم مكملة؟ و كذلك معيار صفة الأطراف، و أيضا معيار السلطة في القانون العام و الحرية في القانون الخاص، و يتفقون كذلك على مميزات كل من القانون العام و القانون الخاص، باعتبار أنّ الأول يمثل الدولة، و الثاني يمثل الفرد، كما يتفقون كذلك على العيوب و الانتقادات الموجهة لهذه المعايير، لكن بالرغم من تلك الصعوبات التي تواجه عملية الفصل و التمييز، إلّا أنّه نظريا، و بيداغوجيا (على مستوى البرامج التعليمية في الجامعة)، و مؤسساتيا (من خلال ازدواجية القضاء، عبر القضاء الإداري الذي يحكم نشاطات القانون العام، و أمّا القضاء العادي فيختص في النظر في النزاعات الناشئة عن نشاطات الأفراد)، و حتى عمليا (على مستوى المهن القانونية، المحاماة، التوثيق)، ما يزال هذا التمييز حاضرا⁴، و هذا ما يدعو للنظر في جدوى هذا التمييز.

لأنّ الإيديولوجية الأساسية في التفرقة ما بين القانون العام و القانون الخاص، استندت إلى وجود الدولة في مواجهة الفرد، لكن هذه المقاربة التمييزية الإيديولوجية بين الفرد و الدولة، لم تنجح و لم تستمر طويلا في فرضها ذلك التمييز، نظرا لعدة عوامل، منها ما يرجع إلى طبيعة القاعدة القانونية المتأثرة بالمتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية، من ذلك الانتقال من النظرة الفردية للعقد إلى النظرة الجماعية له، و من جهة أخرى لاحظ الفقه تراجع للمبررات التي أقيمت في السابق حول التمييز، و صارت هناك حركة مزدوجة⁵، فالأولى عبر غزو القانون العام القانون الخاص، و الثانية ظهرت حديثا، عبر تحوّل الدولة للقانون الخاص، ضف إلى ذلك حاجة تعايش الفرد مع الدولة لصالح التضامن الاجتماعي، و التجمّعات البشرية من جمعيّات و نقابات، كجمعيّات حماية المستهلكين، و بالتالي فالنضج و الاكتمال القانوني لهذا التمييز لم يكتمل، و هذا ما دعا إلى إعادة النظر في ذلك التمييز.

و هذا الأمر جسّد في إيديولوجية جديدة، تتقارب فيها المصالح العامة مع المصالح الخاصة، و تولي لها الدولة المعاصرة أهمية كبيرة لتحقيق الرفاهية و الفعالية على الصعيد الاقتصادي، ألا و هي إيديولوجية السوق، التي خلفت إيديولوجية الفرد و الدولة بامتياز بشأن التمييز بين القانون العام و القانون الخاص، عبر الازدواجية المتكاملة ما بين قانون العقود كممثل للمصلحة الخاصة، و بين تشريعات السوق التي تستهدف المصلحة العامة كأصل، و صار بذلك تعايش إيديولوجي، و هذا الأمر الذي جرّ معه فروع جديدة للقانون تشكّل تشريعات السوق، و التي لا يمكن إلحاقها بالتمييز الكلاسيكي للقانون، كقانون حماية المستهلك رقم 03/09، و قانون المنافسة الذي يهدف لتحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق و تفادي كل الممارسات المقيدة للمنافسة و مراقبة التجميعات، و قانون الضبط القطاعي الاقتصادي و عليه هل مازال هذا التمييز التاريخي صامدا أمام هذه الإيديولوجية الجديدة؟ أم أنّ فروع القانون صارت تتعايش مع هذه الفلسفة الجديدة؟ خاصة و أنّ النقاش الفقهي حول فكرة التمييز كان نقاشا قديما، لكنّه اليوم متجدّد و متطور، و بالتالي فالتمييز لا يزيل التساؤلات التاريخية.⁶

لأجل الإحاطة بهذه الدراسة، سنقوم بتفصيل هذا الموضوع إلى جزئين، يمثلان فعليا تلك المقاربة التعايشية الجديدة بين فروع القانون على ضوء فكرة العقد و تشريعات السوق، من حيث الإيديولوجية و الوظيفة، فنرى في الجزء الأول، التعايش الإيديولوجي الذي يعبر عن تجاوز لمعتقدات تاريخية للتمييز (المبحث الأول) و كذلك التعايش الوظيفي الذي يؤكّد المتطلبات العملية لعدم التمييز (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التعايش الإيديولوجي: تجاوز لمعتقدات تاريخية للتمييز

لم تدم المقاربة التمييزية بين القانون العام و القانون الخاص طويلا، و هذا راجع للخلفيات التاريخية التي بنين عليها هذا التمييز، بحيث أنه في الوقت الحاضر لم يعد الكلام عن استقلالية الدولة كممثل للقانون العام و الفرد كممثل للقانون الخاص، بل صار هناك تكامل بينهما و هذا ما يعني أن هناك فشل في هذه الجدلية للحفاظ على فكرة التمييز (المطلب الأول) في مقابل هذا الفشل كان هناك تفوق متزايد لتشريعات السوق التي تحمل مضامين متنوّعة، أهمّها تقارب المصلحة العامة بالمصلحة الخاصة، هذا الأمر الذي أعاد النظر في الانضباط الكلاسيكي للقانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: فشل جدلية الفرد و الدولة في الإبقاء على التمييز

تبعاً للمعايير الكلاسيكية للتمييز بين القانون العام و القانون الخاص، فقد كان الأول يمثل المصلحة العامة، و الثاني يمثل المصلحة الخاصة، إلا أنّ الأمر قد أعيد النظر فيه بصورة جذرية (الفرع الأول) كما أعيد النظر أيضا في المعتقد الذي ساد فكرة التمييز، عبر أنّ القانون العام هو قانون سلطوي و أمر، و القانون الخاص هو قانون الخضوع و الحرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إعادة النظر في فكرة المصلحة

لقد تضمّن معيار المصلحة كأساس للتمييز بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، معتقدات تجاوزها الزمن، من ذلك استقلالية الدولة عن الفرد، بحيث عن الأولى تمثل السيادة و الحكومة، أما الثاني يمثل المحكوم عليه، لكن اليوم صار هناك تعاون و تعايش بين المجتمع المدني و الدولة (أولا) الأمر كذلك بالنسبة للمصلحة العامة و المصلحة الخاصة، فالأولى كانت تمثل القانون العام و الثانية تمثل القانون الخاص، لكن اليوم صار تقارب بين تلك المصالح حتمي (ثانيا).

أولا: تعاون المجتمع المدني مع الدولة

لقد أقام الفقه الكلاسيكي فكرة التمييز بين القانون العام و القانون الخاص في أولى مراحلها، على معيار يقوم على الفصل بين الدولة صاحبة السيادة و الامتياز عبر القانون العام، و الفرد صاحب الخضوع و الاستجابة المجسّدة في القانون الخاص، و هذا التمييز الإيديولوجي كان ملازما للدولة البورجوازية⁷، خاصة في عهد الإمبراطورية الرومانية، أين اعترف للدولة بالحكم و النظام الذي يتميز و يستقل عن المجتمع المدني، و لذلك فالتمييز بني على بعض الافتراضات الفلسفية و الإيديولوجية و حتى السياسية⁸، فالدولة كانت تفرض و تظهر قوتها في وجه المجتمع المدني، و هذا الأخير يعترف بفضل الدولة عليه سياسيا و اقتصاديا، خاصة عبر التوفير له الأمن و السكينة و الدفاع عليه، لكن هذا التصوّر و النظرة الضيقة لفكرة الدولة و المجتمع المدني، تغيرت جذريا بفعل عدة عوامل، منها ما هو:

سياسي: حين أصبح للمجتمع المدني الدور الفعّال إلى جانب الدولة في صنع الرأي و القانون معا، و هذا ظاهر من خلال تطوّر وظائف الدولة أين كانت الدولة توصف بأنها دولة دركية و سلطوية تقمع كل المبادرات الفردية، إلى أن صارت دولة ضابطة تشجع المبادرات الفردية و التشاور و التفاوض في إطار المجتمع المدني، و قد جسّد ذلك في إطار ميلاد السلطات الإدارية المستقلة التي تعدّ مقارنة جديدة في تسيير العلاقة بين الدولة و المجتمع أو الفرد، بحيث صارت رابط أساسية بينهما، خاصة و أن المطالبة بالحقوق و الحريات أصبح يمرّ عبر هذا الفضاء الجماعي، و بالتالي ميلاد إيديولوجية جديدة، تؤسّس لتعاون حقيقي بين المجتمع المدني و الدولة.

و منها ما هو اقتصادي: فالمبرّر الفعلي هو البحث عن الفعالية في تطبيق القواعد القانونية، و هذا ظاهر من خلال دور سلطات الضبط الاقتصادي، عبر السلطات الإدارية المستقلة، التي تظمّ في تشكيلتها مجموعة من المختصين في ذلك المجال الخاضع للضبط القطاعي، فعلى سبيل المثال جاء في القانون رقم 04/18 الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الإلكترونية⁹، من خلال المادة 20، الإشارة إلى تشكيلة سلطة الضبط (يتشكّل مجلس سلطة الضبط من سبعة (7) أعضاء من بينهم الرئيس، يعيّنهم رئيس الجمهورية، بناء على اقتراح من الوزير الأول. يتم اختيار الأعضاء بما فيهم الرئيس وفقا لكفاءاتهم التقنية و القانونية و الاقتصادية لعهد مدتها ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة...) خاصة أنّ الطابع التقني للضبط القطاعي يفرض إشراك المختصين و المحترفين، لكون القانون الكلاسيكي الصارم أثبت عدم قدرته لوحده لمسايرة التطوّر التكنولوجي الهائل في العديد من المجالات، من ذلك قطاع الاتصالات السلكية و اللاسلكية، و بذلك تحتمّ اللجوء للسلطات الإدارية المستقلة التي تعمل بصورة مرنة في التدخل و المعالجة، خاصة في القطاعات الحساسة¹⁰، كما أن حركية تعدّد المراكز في صنع القانون، كان عبر تنازل الدولة عن بعض صلاحياتها و لو جزئيا إلى هيئات مستقلة تتولّى مهمة التوفيق و إحداث التوازن بين مختلف المصالح الاقتصادية و الاجتماعية.¹¹

ثانيا: تقارب المصلحة العامة و المصلحة الخاصة

يتفق الكثير من الفقه على أن معيار المصلحة، هو أحد أهم المعايير التي أقيم عليه التمييز بين القانون العام و القانون الخاص، لكن في الوقت الحاضر، هناك زوال لتلك المبررات الإيديولوجية للتمييز، فهناك نظرة مختلفة للدولة اتجاه الفرد عما كانت عليه في السابق، و تتلخص هذه النظرة الجديدة في عدة أوجه، منها ما يعود لانتقاد هذا المعيار بحد ذاته: فمن ناحية أولى: نظرا لغموضه، و خلوه من أية مصلحة عملية، خاصة عبر فكرة خصخصة القانون العام، و عممة القانون الخاص¹²، خاصة و أنّ المهمة الاقتصادية و الاجتماعية، صارت تضمن عبر المؤسسات الخاصة و ليس المؤسسات الإدارية، و هذا ما يظهر صعوبة فصل المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة¹³، و من ناحية ثانية: يعود إلى دراسة جدوى و فعالية التمييز بين المصالح، فقد تساءل الفقه الحديث حول لمن هي وجهة المصلحة من التمييز بين القانون العام و القانون الخاص، ورأى بأنها وجهة لمن ينشغل بالتفكير النظري للقانون، لأنّ التمييز يسمح بادراك و فهم أفضل لجذلية مختلطة و مركبة لغايات القانون¹⁴، كذلك هناك مصلحة بيداغوجية لدارسي القانون من أساتذة و طلاب القانون، و أيضا ممارسي القانون من محامين و مستشارين و موثقيين، و من هنا يظهر لنا أنّ الفقه لا يزال يصير على ربط هذه المصلحة بالتصور النظري و الجدلي للقانون، و هذا في نظرنا يدل على أنّه عمليا لا يمكن فصل بين المصلحتين، و من ناحية ثالثة: يعود إلى تطور المجتمعات الحديثة، فقد صارت هناك مصلحة عامة يسعى إليها القانون الخاص، لكون المصلحة العامة ليست في القانون العام مفهوم جوهرى و أساسى و حصري، بل هي كمعيار مرجعي، أو كنتيجة لبعض التنسيق أو التآلف بين المصالح، و هذا واضح من خلال تأثر العقد بتشريعات السوق، من خلال قانون حماية المستهلك، و نزعتة الاجتماعية و الجماعية، خاصة مع ظاهرة تزايد الفئات الخاصة داخل المجتمع، و التي صار لها مطلب جماعي يجمع كل فئات المجتمع، و بالتالي أصبحت لديها مجال خاص، لأنه كل ما زاد عن فرد واحد فهو معنى بالاهتمام العام و الجماعي، كقوة المستهلكين بصورة خاصة، و أيضا قانون المنافسة الذي يمثل المصلحة العامة في الأصل لكنه يدمج المصلحة الخاصة للمحترفين، و كذلك الأمر بالنسبة لقوانين الضبط القطاعي التي هي الأخرى تدمج المصلحتين معا في سياستها القطاعية، كما جاء في إطار القانون رقم 04/18 الذي أشار في المادة 114 منه، على أهمية الحفاظ على المصلحة العامة و الخاصة، التي تبرر عبر منع بعض الممارسات الغير تنافسية.

في هذا الإطار يلاحظ بأنّه لم يعاد النظر فقط في فكرة المصلحة المؤسسة عليها فكرة التمييز فقط، بل أعيد النظر أيضا في فكرة السلطوية للقانون العام، و الحرية للقانون الخاص.

الفرع الثاني: إعادة النظر في سلطوية القانون العام و تحررية القانون الخاص

لا يختلف الفكر القانوني في هذا الشأن أيضا، على أنّ معيار التمييز بين القانون العام و القانون الخاص، كان بصدد ملازمة فكرة الإجماع و السلطوية للقانون العام، و فكرة الحرية و المساواة للقانون الخاص باعتباره قانون الأفراد، لكن الأمر لم يبقى على حاله بحيث تغيرت كل المعطيات رأسا على عقب، بدأ من الانتقال في القانون العام من فكرة السلطوية إلى فكرة المرونة (أولا) و كذلك الانتقال في القانون الخاص من المساواة إلى الامساواة (ثانيا) .

أولا: من سلطوية القانون العام إلى مرونته و فعاليته

لقد لازمت فكرة أنّ القانون العام يمتاز بالسلطوية و الإجماع لأنه يمثل المصلحة العامة، و قواعده ذو قوة ملزمة على قواعد القانون الخاص، و من نتائج تلك التدخلات أن كان أسلوبها أكثر تشديدا و سلطويا و خنقا للمبادرات و الحريات في جميع القطاعات.

لكن في الوقت الحالي، حمل المفهوم الجديد للدولة الضابطة عوض الدولة المتدخلّة، عبر فكرة ضبط السوق طابعا مرنا أكثر منه طابعا سلطويا و أمرا كما كان سابقا¹⁵، لكون وظيفة الضبط الموكلة للسلطات الإدارية المستقلة تتولّى تأطير عملية التدخل في الأنشطة و القطاعات، خاصة عندما يكون التأطير أكثر ايجابية من خلال البحث عن التوازن بين الحقوق و الواجبات لكل الفاعلين في السوق أو القطاع¹⁶، بحيث صار النموذج الحالي للضبط يميل إلى التحوّل و التفاوض أكثر من الإجماع و السلطة، خاصة مع التعدّد في مراكز صنع القانون الذي أحدث تغييرا أيضا في خاصية الإلزامية للقانون، من جهة أخرى فالضبط لديه عدة مجالات و غايات، فأحيانا يسعى إلى ترقية الحريات الأساسية للفرد فعلى سبيل المثال أنشأت في هذا الإطار السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، بموجب القانون رقم 07/18 الذي يتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي¹⁷، و كذلك ترقية الحريات الاقتصادية، و أحيانا أخرى يسعى إلى حماية السوق و المنافسة، و أحيانا أخرى تسعى سلطات الضبط لحماية بعض الفئات المتعاقدة، و بالتالي فالأهداف مختلفة من جانب سلطات الضبط لأنها تراعي فكرة التوازن أكثر من فكرة الإجماع و السلطة، كما يظهر لنا من هذه المفهوم، أن الضبط الاقتصادي للسوق، أصبح لديه مواضيع جد مختلفة و متنوّعة، و هذه المصالح كانت في السابق من اختصاص و احتكار إما القانون العام و إما

القانون الخاص، لكن حالياً لا وجود لاعتبار لهذا التمييز، عبر هذا المفهوم الجديد.

ثانياً: من الحرية و المساواة في القانون الخاص إلى التقييد و الامساواة

سادت فكرة أنّ القانون الخاص يحكم العلاقات القانونية ما بين الأفراد، و يعبر في نفس الوقت عن مصالحهم الخاصة، و يتبين ذلك من خلال المبدأ الإيديولوجي لسلطان الإرادة، الذي يعبر عن التصور المجرد للعقد، في شكل فرضية المساواة و الحرية.

لكن نتيجة للعيوب و الانتقادات و المتغيرات المتزايدة في المجتمع ، تم تبني المذهب الاجتماعي، الذي يسعى لتحقيق الصالح العام باعتبار أن المجتمع هو غاية القانون، خاصة عبر النظرة الاجتماعية للقانون و للعقد بصفة خاصة، و نتيجة لذلك، أصبح المشرع يملئ قواعد أمرة داخل القانون الخاص¹⁸، و هو ما يعني وجود قانون العام ممثلاً في العقد، و هذا عكس أرضية القانون المدني مبنية على مبدأ سلطان الإرادة، بحيث صارت الحرية التعاقدية تفاجئ كل يوم بمساسات عديدة، خاصة مع اكتساح من جانب القانون العام داخل القانون الخاص، من قواعد أمرة، أو إجراءات إدارية تتدخل في العقد، بل صار يعرف بالتوجيه صادر من السلطات المختلفة في العقد، فاليوم لم يعد تغليب إجبارية القانون العام أو الحرية في القانون الخاص، فقد تجاوز هذا المفهوم، و عليه نعتقد أنّ هذه فكرة من دون شك تبقى مذهبية و عقائدية، خاصة بما صار إليه تطور قانون العقود، بالإضافة إلى تغلغل فكرة السوق و المنافسة في كل قاعدة قانونية، التي أعادت فعلاً النظر في انضباط الكلاسيكي للتمييز بين فروع القانون.

المطلب الثاني: تفوق فلسفة السوق في فرض انضباط جديد بين فروع القانون

بظهور إيديولوجية ضبط السوق، تشكّل انضباط جديد للتمييز بين القانون العام و القانون الخاص، لكون ضبط السوق هو أحد أهم الأولويات للدولة المعاصرة أو الدولة الضابطة (الفرع الأول) و لكون التشريعات المتعلقة بالسوق لا تقم وزناً لفكرة التمييز بين فروع القانون (الفرع الثاني) و هذا الأمر الذي أدى بدوره إلى إعادة هيكلة فكرة التمييز بين القانون العام و القانون الخاص (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: ضبط السوق: أولوية الدولة المعاصرة

لقد كان في تراجع دور الدولة الرفاهية، و حلول الدولة الضابطة، أن صار هناك تشجيع قوي على استعمال الأسلوب التعاقدية في عملية ضبط السوق و حماية المنافسة، أين أصبح الحديث لدى الفقه المعاصر عن فكرة النظام العام التنافسي¹⁹، و هذا من خلال فكرة الضبط الاقتصادي التي تستهدف حماية المنافسة، من خلال السلطات الإدارية المستقلة الموكلة لها مهمة ضبط السوق²⁰، و بالتالي فإن قواعد المنافسة و قواعد ضبط تشكّلان صلب النظام العام الاقتصادي، و اللذان يسعيان للحفاظ عليه ، هذا من جهة.

من جهة أخرى، إن فكرة ضبط السوق تؤدي بنا إلى إظهار المجالات التي هي موضوع أساسي له، و التي من أجلها صارت المصلحة العامة متداخلة مع المصلحة الخاصة، و بالتالي أصبح هناك انسجام و توافق بين المصالح الفردية ضمن المصلحة العامة²¹، و لعلّ أبرز مجالين اللذين يشكّلان جوهر قانون السوق²²، نجد قانون الاستهلاك و قانون المنافسة، الذين جاءا من أجل التأمين الأحسن لسير السوق و تحقيق الفعالية الاقتصادية، و من جهة أخرى حماية المتدخلين في السوق (الموزعين، المستهلكين، المنتجين) لذلك فالمشرع الحديث أنشأ قواعد من قانون السوق تستجيب كل مرة لاحتياجات المجموعات الاجتماعية، و لذلك يظهر لنا أن قانون السوق هو قانون المصلحة العامة بامتياز، لكن من جهة أخرى، فهو قانون دفاعي عن المصلحة الخاصة، كما ما هو معلوم لدى قانون حماية المستهلك، و لكن الأمر يختلف في قانون المنافسة الذي يستهدف حماية المحترفين فيما بينهم بصورة ثانوية و تبعية من الأصل، لكون أهداف قانون المنافسة هو الدفاع عن المصالح الجماعية لحرية السوق²³، و بالتالي فإنّ إيديولوجية السوق جاءت لتنافس إيديولوجية الدولة، لأن النموذج الجديد للسوق أصبح سهل لمواجهة المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، و هذا الأمر الذي أثر على فكرة التمييز.

الفرع الثاني: التمييز بين فروع القانون: فكرة دخيلة

يعود إنكار و عدم ترحيب بالتمييز بين القانون العام و القانون الخاص ضمن تشريعات السوق، إلى عاملين مهمين، فالعامل الأول: يرجع إلى الأصول و الخلفيات القانونية التي نبتت فيها تشريعات السوق، أما العامل الثاني: فيعود إلى ذاتية و خصوصية تشريعات السوق باعتبارها متعدّدة الاختصاصات و المجالات.

أولاً: أجنبية فكرة التمييز

بالرجوع إلى خلفيات ظهور تشريعات ضبط السوق، تظهر أنها دخيلة على القانون الوضعي، و بالأخص هي فكرة أجنبية عن التصور الفردي اللاتيني للقانون، لأنّها متأينة بصورة مباشرة من الشريعة و القوانين

الانجلوساكسونية²⁴، و هذه الأخيرة لا تعترف بهذا التمييز بتاتا، تأثرا بفكرة الوظيفة الاقتصادية للقانون، و أيضا التحليل الاقتصادي للقانون، و خاصة قانون المنافسة، و التي تزدهر فيها القوانين المختلطة، كالقانون الاقتصادي و قانون الأعمال، الذي يعزّز و يدعم الطابع النسبي للمواجهة بين القانون العام و القانون الخاص، و بمفهوم المخالفة تلقى فكرة التمييز مجالها الخصب خاصة في التشريعات اللاتينية، فعلى سبيل المثال ففكرة التمييز في القانون الفرنسي فكرة لا مجال للطعن فيها، لكن هذا التمييز لا يظهر أساسي أو جوهري من خلال تحديد النظام للوضع القانونية، الذي يتطلب استبدال القانون الخاص أو القانون العام.

ثانيا: تشريعات السوق: ظاهرة متعددة المجالات و الاختصاصات

كما يظهر أيضا عدم ترحيب تشريعات السوق بفكرة التمييز، لكون أن قانون السوق فرع متعدد المجالات و الاختصاصات، فعلى سبيل المثال، نجد أن قانون حماية المستهلك، هو المثال الأبرز لهذا التصنيف الوظيفي المتعدد العلاقات، فقانون حماية المستهلك يستند في القانون المدني في تنظيم عقد الاستهلاك في إطار العلاقة بين المحترفين و المستهلكين، كما يشغل القانون الجنائي مكانة مهمة في إطار قانون حماية المستهلك، خاصة في حالة مخالفة المحترفين أو المتدخلين للالتزامات المفروضة عليهم، و هذا فضلا عن مساهمة القانون الإداري في تفعيل قانون حماية المستهلك، من خلال دور الأعوان الإداريين في الرقابة المسبقة للمنتجات قبل دخولها و عرضها في الأسواق، و أيضا أثناء عرضها، و لأجل ذلك يعترف *J. calais - Auloy* بأن ضرورة حماية المستهلكين تنقص من الحواجز التي تفصل الانضباط الكلاسيكي لفروع القانون، لأنه يستند إلى عدة قوانين، و بالتالي فقانون الاستهلاك باعتباره من تشريعات السوق تفوق على ذلك التقسيم التقليدي²⁵، و يصدق الأمر كذلك بالنسبة لقانون المنافسة، الذي لديه علاقات متعددة مع عدة فروع قانونية، من ذلك القانون الإداري، بشأن إنشاء مجلس المنافسة لضبط السوق، و أيضا علاقته بالقانون الجنائي من حيث العقوبات التي تطبق على الممارسات المقيدة للمنافسة و أيضا إجراء التجميعات²⁶، و الأمر كذلك بشأن علاقته بالقانون التجاري، من حيث اهتمامه بنشاط المؤسسات الاقتصادية، و أيضا اهتمامه بعمليات الإنتاج و التوزيع ما بين المتعاملين الاقتصاديين.²⁷

الفرع الثالث: إعادة الهيكلة: من معيار طبيعة القاعدة القانونية إلى وظيفتها

إن تغليب مصلحة السوق على مفهوم القواعد القانونية في الوقت الحالي، كان له دور فعال في إعادة النظر في ذلك الانضباط الكلاسيكي للقانون، الذي ترجم عبر القانون الخاص و القانون العام، و هذا راجع كما أسلفنا إلى تطور إيديولوجية القانون، و إلى حاجة أيضا قانون السوق لتجاوز هذا التمييز التصوري الأكثر من الواقعي.

لاحظة الفقه الحديث²⁸، بأنه منذ وقت طويل كانت طبيعة القاعدة المدروسة هي المعيار الوحيد للتصنيف الانضباطي بين فروع القانون مثلا: (القانون المدني، القانون الجنائي، القانون الإداري) و هذا هو التصنيف التقليدي، لكن اليوم، صار تصنيف آخر مؤسس على وظيفة القاعدة القانونية، مثلا القانون التجاري يشكل المثال الأول لهذا الانضباط الجديد إلى جانب قانون العمل، قانون المنافسة، و ق. حماية الاستهلاك، و ق. البيئة، الذي لديهم نفس التصنيف الوظيفي، كما يلاحظ بعض الفقه²⁹، أن هناك حجتين أدت للاعتراف بالتمييز بين العام و الخاص: **أولا: عدم قدرة التمييز على احتواء كل فروع القانون**، القانون المدني و القانون التجاري، القانون الإداري، اللذان يشكّلان نواة لكل واحد من المجموعتين، لكن السيطرة متذبذبة و مصدر لأحكام مختلفة، بل حتى متبادلة، **ثانيا: هناك فروع أخرى للقانون تتفوق على هذا التمييز**، كالقانون الدستوري الذي يهتم بالمصلحة العامة و الخاصة، أي مصلحة الفرد و الجماعة³⁰، كما أن هناك ميادين لديها تكييف مختلط، كقانون الضبط الاقتصادي القطاعي.

يتأكد لنا من خلال هذه الجزء الأول للدراسة، أننا فعلا أمام تعايش إيديولوجي بين فروع القانون، كان عبر تجاوز المعتقدات التاريخية و الماضية، بمتغيرات حديثة و متطورة، أدت بنا لتجاوز جدلية مواجهة الدولة بالفرد، إلى تعايش الدولة بالفرد، و تقارب المصلحة العامة بالمصلحة الخاصة، و كان هذا عبر ظهور إيديولوجية ضبط السوق، التي لا تعترف بفكرة التمييز لا أصوليا و لا عمليا، بل هي فكرة أجنبية جدا عن فكرة ضبط السوق، من جهة أخرى، يكتمل التعايش بين فروع القانون، أيضا عبر إظهار التعايش الوظيفي.

المبحث الثاني: التعايش الوظيفي: تأكيد لمتطلبات عملية لعدم التمييز

لا يكفي التعايش الإيديولوجي بين القانون العام و القانون الخاص، الذي صار موجودا بين العقد و تشريعات السوق، بل يتأكد أيضا هذا التعايش بصورة وظيفية من خلال جوانب عملية ابتعدنا فيها كثيرا عن فكرة التمييز، و صار عدم التمييز هو الصفة الغالبة، و هذا لمتطلبات تتعلق أساسا بفاعلية القاعدة القانونية أكثر من مصدرية و فرعية القاعدة القانونية، و هذا ما ظهر من خلال الانتقال من انفرادية الاهتمامات إلى تقاسمها بين العقد و تشريعات السوق (**المطلب الأول**) و كذلك الانتقال من حصرية تقنيات فروع القانون إلى حتمية تبادليتها (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: من انفرادية الاهتمام إلى تقاسم الانشغالات و الاهتمامات

لقد حثمت الجوانب العملية، و البحث عن الفعالية القانونية لكل من العقد و أيضا تشريعات السوق، أن يستعين الواحد بالآخر عبر تقاسم الاهتمامات بينهما، فلا يمكن تحقيق انشغال واحد دون الاستعانة بالآخر، لأن الحاجة تبرر لجوء قوانين السوق للعقد من أجل تغطية انشغالاتها (الفرع الأول) و تدعو الحاجة أيضا العقد للاعتماد على تشريعات السوق لبلوغ أهدافه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حاجة تشريعات السوق للعقد

يشغل العقد مكانة جد أساسية في عملية ضبط السوق، فنجده يجسد العلاقة بين المستهلكين و المتدخلين في إطار عقد الاستهلاك، و أيضا يجسد العلاقة بين المحترفين فيما بينهم، و بالتالي فإن كلا من قانون المنافسة و قانون الاستهلاك لديهما طبيعة اقتصادية بما يجعلهما يشكّلان قوانين للسوق، لكن مع ذلك فاختلاف مجالهما لا غبار عليه، فقانون المنافسة يظهر في علاقات القوة بين الأعوان الاقتصاديين، و هو موجّه أساسا لمحاربة الإفراط في الممارسات التعسفية للعلاقات الاقتصادية، و هنا يظهر لنا أن دور العقد مهم جدا في محاربة التوازن الناتج عن العلاقات التعاقدية بين المحترفين، و ذلك في محاربة التعسف في وضعية الهيمنة و أيضا التعسف في التبعية الاقتصادية، و لعل خير دليل على دور العقد في ذلك هو البطلان الذي يلحقه أو يلحق شرط منه كما جاء في المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم، لكن يبقى قانون المنافسة، يمتاز فيما يخص طبيعة البطلان المقرر عبر المادة 13، ببعض الصعوبات، ترتكز أساسا حول المصلحة المحمية هل هي المصلحة العامة أم المصلحة الخاصة؟ و بالتالي فالتفرقة بين المصلحتين تبقى تفرقة نسبية، و هو ما يشكّل بعض الغموض و التعقيد.

كما يستعمل أيضا الضبط الاقتصادي تقنية العقد، من أجل فتح الأسواق على المنافسة، فمثلا العقود التي يبرمها مسيري الشبكات و مستعملها مع موردي الغاز و الكهرباء و بين المستهلكين، هي من عقود القانون الخاص، و بالتالي يصير العقد مثله مثل قانون المنافسة، في تنظيم العلاقات، فالأول ينظم العلاقات ما بين الأفراد، أما قانون المنافسة ينظم العلاقات بين المتنافسين و الفاعلين في السوق، و هنا يصير لدينا طريقتين للتنظيم، و يصبح توفيق بين العقد و المنافسة، عبر فكرة الضبط.³¹

و عليه فإن مساهمة العقد في ضبط السوق مساهمة لا غبار عليها، و بمفهوم الإسقاط نقول أيضا أن مساهمة القانون الخاص عبر العقد في القانون العام عبر فكرة المصلحة العامة، هي أيضا مساهمة جوهرية، بحيث صار تبادل الاهتمامات واضح، و ذلك عبر حاجة تشريعات السوق للعقد، و أيضا حاجة العقد لفرض التوازن و المساواة التعاقدية.

الفرع الثاني: حاجة العقد لتشريعات السوق

لقد خُلف التصوّر الكلاسيكي للعقد، قصورا و محدودية بارزة بشأن حماية المتعاقد الضعيف، و فرض المساواة و التوازن التعاقدية، خاصة بعد تزايد مظاهر القوة التعاقدية الناتجة عن العلاقات الاقتصادية داخل السوق سواء بين المستهلكين و المحترفين، أو بين المحترفين أنفسهم من خلال مراكز القوة للمتعاملين داخل السوق، و هذا ما أدى بالمشرع إلى انتهاز أسلوب التشريعات الخاصة المستقلة عن النظرية العامة للعقد.

و المعروف على قانون حماية المستهلك و قانون المنافسة، يستندان إلى تصوّرات و قواعد و آليات مختلفة تماما عن التصوّر الكلاسيكي للعقد، و من بين تلك القواعد الخاصة أيضا، نجد أن قانون الاستهلاك يبحث عن التوازن في علاقات بين المستهلكين و المحترفين، و هذا ما جعل المشرع يضع على عاتق المحترف التزامات تفرض بقوة القانون عليه، تقابلها حقوقا للمستهلك، لكون موضوع هذا القانون هو المحترفين من جهة، و المستهلكين من جهة أخرى وهو يحمي كل المستهلكين في فرضية الضعف، و تظهر حاجة العقد لفرض المساواة عبر قانون حماية المستهلك جليا، من خلال التحديثات و التجديدات الهامة التي لحقت بتنظيم العلاقة التعاقدية، بدأ من مرحلة تكوين العقد، عبر مناقضة مبدأ الرضائية بفرض شكلية إعلامية جديدة على عاتق المحترفين من قبل المشرع³²، و أيضا التدخل في تنظيم محتوى العقد و بالتالي تقييد حرية المستهلك و المتدخل في تحديد مضمون العقد، من خلال التزامات مفروضة بقوة القانون في صورة الالتزام بالإعلام، و الالتزام بالمطابقة و الالتزام بالسلامة، الأمر كذلك بشأن مرحلة تنفيذ العقد، أين صار المساس بالقوة الملزمة للعقد، عبر الاعتراف بمنع الشروط التعسفية و أيضا تكريس حق التراجع في العقد³³، و التوسيع أيضا من الأثر النسبي للعقد لصالح الدعوى المباشرة، و أيضا لصالح نظرية الترابط التعاقدية بين العقود و هذا لصالح صفة المستهلك.

لا يختلف الأمر كذلك بالنسبة لقانون المنافسة، باعتباره مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف للحفاظ على الحرية الفعلية للمنافسة بين الأعوان الاقتصاديين في السوق، و يتفق معظم الفقه في هذا الإطار، أن قانون المنافسة هو قانون يبحث عن المصلحة العامة بالأساس، عبر الفعالية الاقتصادية داخل للسوق بين المتنافسين، و لا يهتم بالتوازن التعاقدية أي بالمصلحة الخاصة، و هو بذلك يحمي المنافسة لا المتنافسين³⁴، لكنه لا يهمل مسألة التوازن التعاقدية، و

من هنا يظهر لنا أنّ ضبط السوق و لا يتحقق بصورة مباشرة إلا إذا كانت هناك حماية لأحد المتعاملين الاقتصاديين اتجاه المتعامل الأقوى منه اقتصاديا، و هذا ما هو بارز من خلال عدة آليات، من ذلك حضر الممارسات التي تشكل تعسفا في وضعية الهيمنة، كما نصت عليه المادة 11 من الأمر رقم 03/03، فكرة حظر التعسفات الناتجة عن استغلال وضعية التبعية.

لأجل ذلك يظهر لنا أنّ هناك فشل في استمرار مجال دون المجال الآخر، و هذا راجع لمتطلبات عملية فعلية، فتشريعات السوق تحتاج لتقنية العقد من أجل فرض سياستها الحمائية و التنافسية داخل السوق، و من أجل أيضا إضفاء المرونة في التدخّل خاصة عبر سلطات الضبط القطاعي، بينما رأينا أن العقد هو الآخر يحتاج لتغطية انشغالاته بفكرة المساواة و التوازن، و هذه الأخيرة وجدت ضالتها في إطار تشريعات السوق بمختلف الآليات الخاصة المستعملة في ذلك، و هنا نخلص إلى أمرين ، فالأمر الأول: نجد أن هناك تداخل جد واسع في الاهتمامات و المصالح دون إمكانية الفصل بينهما، و من جهة أخرى ظهر لنا أنه لا يمكن تحقيق مصلحة دون المصلحة الأخرى، فالتكامل و التعايش صار ضروريا، الأمر الثاني: و هو محاولة دمج وظيفة جديدة للعقد عبر فكرة ضبط السوق، لأن هذه الأخيرة تجمع مصلحتين هما المصلحة العامة و المصلحة الخاصة على التوالي.

المطلب الثاني: من حصرية تقنيات فروع القانون إلى حتمية التبادل

إن الاشتراكية في الاهتمامات بين قانون السوق و العقد، لا يمكن أن تكتمل دون النظر إلى التقنيات و الآليات المجسدة لذلك التعايش الفعلي، و هذا ظاهر من خلال استعانة متبادلة بين المجالين، و بالتالي فالاستعانة ما بين القانون العام و القانون الخاص تؤكد ضرورة عدم التمييز بينهما، لأنّه صار تبادل بعض التقنيات ما بين الفروع ضروري، و ذلك لأن فكرة الاستعارة ما بين فروع القانون هي فكرة قديمة و ناشئة مع نشأة فروع القانون (الفرع الأول) لكن صارت هناك استعارات ظاهرة خاصة مع ظهور تعدّد في الفاعلين داخل العقد تحقيقا للانشغالات المتبادلة (الفرع الثاني) و قد اتبع ذلك من خلال الاستعانة بالجزاءات من أجل تحقيق الفعالية المطلوبة للجزاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الاستعارة ما بين فروع القانون: فكرة متأصلة

إن نشأة فروع القانون لم تكن لا تاريخيا و لا حاضرا نشأة مستقلة و متميزة عن باقي الفروع الأخرى، و هذا الأمر الذي يظهر مثلا عبر مفهوم العقد من زاوية القانون المدني و من زاوية القانون الإداري، الذي يجتمع على نفس وحدة المفهوم ، باعتباره اتفاق للإرادة ، و ينصرف إلى إنشاء حقوق و التزامات، فلكون العقد الإداري كالعقود المدنية هو يعبر عن تلاقي رضا الطرفين³⁵، حتى و إن اختلفت صفات الأطراف حسب طبيعة المصلحة، فضلا عن اشتراكهما أيضا في نظرية عيوب الرضا، التي هي أيضا موجودة في إطار القانون العام، لكن هذا لا يخفي بقاء التمييز في قانون العقود ، لأنّه لا يمكن تصوّر هذا القانون دون تمييز بين العقود الخاصة و العقود الإدارية.

يرى في هذا الشأن العميد أحمد محيو³⁶، أنّ هناك تداخلات عديدة ما بين فروع القانون، خاصة بين القانون الإداري و القانون المدني، و لأجل ذلك فإنّ قواعد القانون الإداري تتفق أحيانا مع القانون المدني، و لكنها تبقى متميزة، و أحيانا تؤثر في الأول بالثانية و تغيّرها و تتأقلم معها، و هذا راجع أساسا لوضعية القانون الإداري الذي يتمّ في محيط مليء بالمفاهيم المأخوذة من القانون المدني ، لذلك فشرحه يكون تبعا لذلك، من ذلك القوة القاهرة المستعارة من القانون المدني، بالرغم من اختلاف طريقة تطبيقها، كذلك مفهوم الخطأ في المسؤولية الذي يأتي من القانون المدني لكن لديه مميّزات.

إن هذا التأكيد الفقهي يدلّ بما لا يدع مجالا للشك، بأنّ كل فرع قانوني يؤثّر و يتأثّر بالقانون الآخر، و من جهة أخرى يدلّ على أن كل فرع قانوني أو إحدى القوانين المنتمية لأحد الفروع لا تتوفّر على قواعد قانونية كلها خالصة و متأصلة، بل هي مزيج من القواعد الأصيلة و القواعد المستعارة من الفروع و القوانين الأخرى، و بالتالي فنشأة أحد فروع القانون لم تكن نشأة خالصة بل استندت في نشأتها في بعض الأحوال على قواعد قانون آخر، و قد استمرت هذه الاستعارة و الاستعانة ما بين فروع القانون حتى إلى وقتنا الحاضر، خاصة مع إيديولوجية ضبط السوق.

الفرع الثاني: تبادل القواعد القانونية ما بين العقد وتشريعات السوق

إن الفصل ما بين القانون العام والقانون الخاص، لا يشكّل حاجزا لا يمكن عبوره، ليس فقط في عدد من فروع القانون المتقاربة العناصر، بل أيضا في الاجتهاد القضائي والفقهاء، لأنّ القاضي يمكنه تطبيق معايير القانون الخاص، و القاضي العادي يمكنه تطبيق معايير القانون العام.

أولا: الاستعانة بالإجراءات الإدارية في العقد

ولعلّ هذا الأمر ظاهر من خلال تدخّل السلطات الإدارية المستقلة في تنظيم الروابط التعاقدية، فقد لجأ المشرع إلى اشتراط الاعتماد والرّخص الإدارية، قبل مباشرة نشاط معين يخض للضبط الاقتصادي، من أجل أن تضمن الإدارة

أن صفة المتعاقد الذي رخص له بمباشرة النشاط التعاقدى سيطابق به المصلحة العامة، و هذا يجسد الدور الرقابي للدولة بصورة قبلية على ممارسة النشاط، في صورة هذه الإجراءات الإدارية، من ذلك نشاط التأمين³⁷، و أيضا النشاط البنكي و المصرفي.

ثانيا: فتح المجال لتعدد الفاعلين في السوق

كما تظهر الاستعانة واضحة أكثر من خلال أن ضبط السوق أصبح مبرر كل قاعدة قانونية، دون النظر إلى حدود تلك القاعدة أو فروعها المتفرعة عنه، و ذلك عندما أضفت تشريعات السوق، تعددية في الفاعلين في السوق، و تبعها تعددية في العقد، فلم يعد دور القاضي وحده المؤثر في ذلك، بل للهيئات الإدارية المستقلة دور جديد في فرض الجزاء المدني، لأنها تمثل سلطات شبه قضائية بما أنها تختص بتوقيع و تسليط الجزاء المناسب، كما يبرر ذلك بخصوصية الضبط في النظام العام الاقتصادي الذي تبرز تجاوز الاختصاص و الدور التقليدي و المحدود للقاضي³⁸، و ذلك نظرا لخصوصية الطابع التقني و المعقد للقطاعات الخاضعة للضبط، فضلا عن ذلك فهناك استعانة لاحقة بالهيئات الإدارية المستقلة في صورة مجلس المنافسة³⁹، الذي يتدخل بصورة علاجية أيضا في العقد، من أجل تصحيح الأوضاع و وضعها في سياقها التنافسي، فمثلا حذف البنود عدم المنافسة، أو تعديل الأسعار التمييزية⁴⁰، و أيضا فرض رقابة على إجراء التجميع و التمرکز الاقتصادي للمؤسسات، و إجراء تعديلات عليها⁴¹، و بالتالي فمجلس المنافسة يفرض جزاءات لاحقة في حالة انتهاك النظام العام التنافسي.

بناء على ذلك، فإن مفهوم ضبط اقتصادي، قد فاز بكل فروع القانون عبر هذا التعدد في المصادر و الفاعلين، بينما يبرز كتنخل مجلس المنافسة أو لجنة الشروط التعسفية، للدفاع عن المصالح العامة و الخاصة في نفس الوقت، و هذا ما يظهر ذلك التعايش الذي صار بين مختلف السلطات.

الفرع الثالث: فعالية الجزاء

يتواصل تبادل تقنيات فروع القانون فيما بينهم، بداعي البحث عن الفعالية المناسبة للقاعدة القانونية دون النظر لفروعها أو مصدرها، و هذا من خلال تبادل فعالية الجزاءات ما بين العقد و تشريعات السوق.

أولاً: استعانة العقد بجزاءات القانون العام

و يصدق هنا الأمر، من خلال استعانة تشريعات السوق و أيضا قانون العقود بالجزاءات الجنائية فضلا عن الجزاءات الإدارية⁴²، و لنا أحسن مثال على ذلك هو استعانة قانون حماية المستهلك بالقانون الجنائي من أجل ضمان فعالية الحماية الموجهة لصفة المستهلك أن تبلغ غايتها، عبر قواعد صارمة مدعومة بجزاءات جنائية، و بمفهوم المخالفة لم يعد التكييف المدني للأفعال يحقق الفعالية المطلوبة، و يظهر هذا على سبيل المثال، بالنسبة للغش في ميدان الاستهلاك الذي أصبح ظاهرة معاقبا عليها جنائيا، عبر معاقبة المخالفين للالتزامات المفروضة عبر قانون حماية المستهلك⁴³، و النصوص القانونية الأخرى، كقانون الممارسات التجارية⁴⁴.

ثانيا: استعانة تشريعات السوق بجزاءات القانون الخاص

على عكس مما رأيناه، فإن قانون الضبط القطاعي أصبح هو الآخر يستهدف فعالية الجزاء أكثر من البحث عن توقيع الجزاء، لأنه كقاعدة عامة إذا تمّ المساس بقاعدة من النظام العام الاقتصادي فإنّ البطلان المطلق هو الأولى بالحكم⁴⁵، لكن في بعض الأحوال أصبحت قواعد الضبط القطاعي تميل للاستعانة بفكرة التخفيف من حدة الجزاء بداعي مبررات القطاع و سيرورة التنافسية داخل ذلك السوق، كأن يجتنب مطالبة المتعامل في ذلك القطاع القيام من جديد بإجراءات الحصول على الاعتماد، و قد يبرز مثلا بنقص المتعاملين في ذلك القطاع و بالتالي يفضل البحث عن جزاءات تنافسية، تقل قدر الإمكان من آثار المخالفات دون الحكم بالبطلان المطلق، طبقا لخاصية الملائمة لدى سلطات الضبط القطاعي.

كما يظهر ذلك في إطار سلطات ضبط قطاع البريد و المواصلات و الاتصالات السلكية و اللاسلكية، أين غير المشرع من آثار القوة القاهرة من زوالها لاستحالة التنفيذ إلى توقيفها من أجل بقاء العقد قائما، و أيضا من أجل الحفاظ على المتعاملين داخل ذلك السوق⁴⁶، و بالتالي الحفاظ على الفعالية الاقتصادية للسوق بعد زوال آثار القوة القاهرة بفترة زمنية معينة، و من جهة أخرى يظهر أن الجزاء أصبح يمتاز بالمرونة و كأنه يتعلق بالمصلحة الخاصة بالمتعاقد، و هذا الأمر الذي يمكن أن نقول بشأنه أنه تأثر بآثار الجزاءات المعروفة في القانون الخاص، كالإجازة التي يمكن أن تلحق البطلان النسبي.

الأمر لا يختلف كثيرا، بشأن قانون المنافسة الذي كما أشرنا بأنه قانون المصلحة العامة كأصل عام، و كل مساس بأحكامه فإنه يترتب عن ذلك البطلان المطلق للعقد، لكن أحكام المادة 13 من الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم، تسمح بإمكانية الحكم بالبطلان الجزئي للعقد، عبر بطلان التزام أو شرط تعاقدى دون بطلان العقد كاملا.

الخاتمة:

نخلص في الأخير للقول، بأن المقاربة التعايشية الجديدة بين القانون العام و القانون الخاص، أثبتت وجودها عبر التكامل الموجود للعقد مع تشريعات السوق، و هذا عبر صورتين عكستا هذا التعايش الحتمي، الذي مرّده، تجاوز تاريخي لا رجعة فيه، يظهر تفوّق ظاهر لإيديولوجية السوق على جدلية الفرد و المجتمع، و الثاني مرّده تلك المتطلبات العملية الأكيدة التي تتقاسم فيها فروع القانون الاهتمامات و التقنيات.

و لذلك نعتقد أنّ هذا التصنيف و التمييز تقاس أهميته و وزنه حسب الاتجاهات الرئيسية للشرائع القانونية، هل هي من القوانين المدنية أم هي من القوانين الانجلوساكسونية؟ لأنه إذا نظرنا من زاوية القوانين المدنية، خاصة القوانين اللاتينية كالقانون الفرنسي و تبعاً له القانون الجزائري، نقول أن فكرة التمييز هي حقيقة نظرية و عملية، أما إذا نظرنا إلى فكرة التمييز من زاوية القوانين الانجلوساكسونية، باعتبارها قوانين اقتصادية و مرنة و حيوية بامتياز، نقول بأن فكرة التمييز هي خيال، و لكن إسقاط بفكرة تأثير تشريعات السوق على القانون الوضعي بصورة عامة، ندعم فكرة الخيال بفعل التعايش الحتمي الموجود، و هذا ما يفرض إعادة النظر في فكرة التمييز التي تجاوزها التكامل القائم ما بين العقد و تشريعات السوق.

و نقترح بذلك:

- إنشاء فرع قانوني جديد باسم "قانون السوق" و ندعم حجتنا ب: حجة تاريخية، بحيث لم ينشأ أي فرع قانوني بنشأة خالصة، حجة علمية، بأن قانون السوق لديه قواعد قانونية فريدة لا تشاركه فيها باقي الفروع، كما أن لديه مجالات عديدة (الاستهلاك، المنافسة، الممارسات التجارية، الضبط الاقتصادي، الرقمنة).

- لا بد أن يدار نقاش داخل القانون الحاص بمفهومه الكلاسيكي، من أجل فتح نقاشات و بحوث فقهية جديدة ما بين قانون الضبط الاقتصادي و علاقته بالقانون المدني و بالأخص مع قانون العقود، فهذا مما لم ينتبه له القليل من الفقه المدني، لأننا ببساطة أمام تحديات لم تعرف من قبل، بغية فرض وظائف جديدة في المنظومة القانونية تقودها إيديولوجية السوق.

الهوامش:

¹ راجع: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط.5، منشأة المعارف الإسكندرية، 1973، ص19، سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص07. علي فيلاي، مقدمة في القانون، ط.2، موفم للنشر، 2010، ص 08.

² G. Farjat, L'ordre public économique, L.G.D.J, Paris, 1963, p 376.

³ أنظر على سبيل المثال: أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص37.

Voir : H. Mazeaud, Défense du Droit privé, D. 1946, Chr, p 05.et, Louis-Augustin Barrière, une approche gistorique de la summa divisio droit public-droit privé , de l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?, Sous la direction de Baptiste Bonney et Pascale Deumier, thèmes commentaires, dalloz, 2010,p07.

⁴ Louis Dubouis, conclusions, de l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ? Sous la direction de Baptiste Bonney et Pascale Deumier,thèmes commentaires, dalloz, 2010,p295.

⁵ R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'Aujourd'hui, 3emeed,Dalloz , Paris, 1964, p 27.

⁶ Baptiste Bonney ,la summa divisio droit public-droit privé, chimère ou pierre angulaire ?, de l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?, Sous la direction de Baptiste Bonney et Pascale Deumier, thèmes commentaires, dalloz, 2010,p06.

⁷L.Aubert. E. Savaux, introduction au droit ,Tome 1,14^oédition ,2012,sirey,France, p33.

⁸ Pierre Delvolvé, un droit des contrats sans summa divisio serait-il possible ?, de l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?, Sous la direction de Baptiste Bonney et Pascale Deumier, thèmes commentaires, dalloz, 2010,p257.

⁹ القانون رقم 04/18 المؤرخ في 10ماي 2018، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الالكترونية، ج.ر العدد 27.

- ¹⁰ خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، دكتوراه، جامعة سطيف-2، 2015/2014، ص 252.
- ¹¹ راجع: بعجي أحمد، الضبط الاقتصادي: أي دور في إعداد القاعدة القانونية؟، حوليات جامعة الجزائر-1، المجلد 35، عدد خاص، 2021، ص 89.
- ¹² M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004, p23.
- ¹³ L.Aubert . E. Savaux, op.cit, p 33.
- ¹⁴ Louis Dubouis, conclusions, de l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?, op.cit, 2010, p295.
- ¹⁵ Voir :N. Charbit, Les objectifs du régulateur, Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité, Droit et économie de la régulation, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Volume 2, sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche, (P.F.N.S.P.), 2004, p 56.
- ¹⁶ Voir : M. Hervieu,, Les Autorités Administratives indépendantes et le renouvellement du Droit commun des contrats, thèse de doctorat, université panthéon- ASSAS(PARIS II), dalloz, 2012, p 57.
- ¹⁷ المؤرخ في 10 يونيو 2018، يتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ج.ر، 2018 العدد 11.
- ¹⁸ راجع على سبيل المثال : بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2019/2018، ص 33 و ما يليها.
- ¹⁹ Voir : Th. Pez, l'ordre public économique, les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n°49 -2015, p50 et 55.
- ²⁰ أنظر ما جاء في الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم عبر المادة 3 التي عرّفت فكرة الضبط.
- ²¹ M. Chongny , droit de la concurrence et droit commun des obligation, thèse de doctorat, université panthéon-sorbonne(paris1), 2002, dalloz, p 506.
- ²² أنظر مثلا ما ورد في المادة الأولى من الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم، و المادة 3 الفقرة 2 من نفس الأمر، بخصوص الاهتمام بوضعية السوق، و تحسين معيشة المستهلكين.
- ²³ أنظر : سامي بن حملة، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، مداخل مقدمة في إطار الملتقى الدولي " القانون المدني بعد أربعين سنة" أيام 24 و 25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 2016/05، ص 285.
- ²⁴ عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسر للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، 2007، ص 15.
- ²⁵ J.calais –Auloy et H-temple, droit de la consommation, 2 édition, Dalloz .2015, p18.
- ²⁶ أنظر على سبيل المثال، ما جاء في الفصل الرابع : العقوبات المطبقة على الممارسات المقيدة للمنافسة و التجميعات من الباب الثالث: مجلس المنافسة، و هذا في الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم.
- ²⁷ أنظر على سبيل المثال: المادة 2 من الأمر رقم 03/03 المعدل و المتمم، التي تشير إلى مجال تطبيق قانون المنافسة.
- ²⁸ J.calais –Auloy et H-temple, op.cit, p 16.
- ²⁹ Louis Dubouis, op.cit, p 293.
- ³⁰ أنظر على سبيل المثال ما جاء في الدستوري الجزائري، بشأن حماية حقوق المؤلف عبر المادة 74، و بشأن حماية الملكية الخاصة بالفرد المادة 60، و المادة 71 بشأن حماية الأسرة و الأطفال.
- ³¹ J. Chevallier, Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques , in Marie-Anne Frison-Roche, Droit et économie de la régulation. 4, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2006, p147.
- ³² F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 11 éd, Tome 1, 2013 p 160.
- ³³ راجع: شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2016/2015، ص 317.
- ³⁴ M.-Anne Frison-Roche, Contrat, concurrence, régulation ,RTD civ. 2004, n°13.

³⁵ Pierre Delvolvé, un droit des contrats sans summa divisio serait-il possible ?, de l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?, Sous la direction de Baptiste Bonney et Pascale Deumier, thèmes commentaires, dalloz, 2010,p260et 261.

³⁶ راجع: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة ، د.محمد عرب صاصيلا، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 23.

³⁷ كما نصت على ذلك المادة 218 من الأمر رقم 95-07.

³⁸ M.Hervieu, op.cit, p 615.

³⁹ حسبما جاء في المادة 23 من الأمر رقم 03/03.

⁴⁰ راجع: المادة 11 من الأمر رقم 03/03 الذي يحضر الممارسات التي تؤدي إلى التعسف في وضعية التبعية الاقتصادية.

⁴¹ كما تنص على سبيل المثال المادة 17 من الأمر رقم 03/03.

⁴² أنظر على سبيل المثال، ما جاء في إطار القانون رقم 03/09 المعدل و المتمم بالقانون 09/18، في المادة 86 حول إمكانية فرض الأعوان الإداريين لغرامات صلح على مرتكبي المخالفات المعاقب عليها في هذا القانون.

⁴³ و لعل هذا ظاهر من خلال الأحكام المخصصة في قانون حماية المستهلك رقم 03/09 المعدل و المتمم، أيضا كما جاء في الباب الثالث المعنون: "البحث ومعاينة المخالفات"، والباب الرابع المعنون: "قمع الغش" الذي يضم الفصل الثاني: "المخالفات والعقوبات".

⁴⁴ كما جاء في القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 27 جوان 2004 ، ج.ر العدد 41، و المعدل و المتمم بالقانون رقم 06/10 ج.ر العدد 46، في الباب الرابع "المخالفات و العقوبات".

⁴⁵ M. Chongny , op.cit, p 264.

⁴⁶ كما جاء في القرار المؤرخ في 18 فيفري 2016، يتضمن الموافقة على منح تقديم الخدمة العامة للمواصلات السلكية و اللاسلكية لشركة "اتصالات الجزائر"، شركة ذات أسهم"، الصادر عن وزارة البريد و تكنولوجيايات الإعلام و الاتصال، العدد 25، في المادة 10 منه (في حالة اضطرار أحد الأطراف إلى الانقطاع عن القيام بالتزاماته على إثر حالة القوة القاهرة، يتم تعليق تنفيذ العقد...).

المراجع

• الكتب

- (1) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط.5، منشأة المعارف الإسكندرية، 1973.
- (2) سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.
- (3) علي فيلالي، مقدمة في القانون، ط.2، موفم للنشر، 2010.
- (4) أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- (5) عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار جسر للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، 2007.

• الرسائل الجامعية

- (1) بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2019/2018.
- (2) إلهام خرشي، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، دكتوراه ، جامعة سطيف -2، 2015/2014.
- (3) شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2016/2015.

• المجلات العلمية (الدوريات):

- (1) أحمد بعجي، الضبط الاقتصادي: أي دور في إعداد القاعدة القانونية؟، حوليات جامعة الجزائر-1، المجلد 35، عدد خاص، 2021، (ص 84-107).
- (2) سامي بن حملة، قانون العقود في مواجهة قانون المنافسة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 2016/05. (276-304).

• المحاضرات:

(1) أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة ، د.محمد عرب صاصيلا، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.

➤ **Les Ouvrages :**

- 1)G. Farjat, L'ordre public économique, L.G.D.J , Paris, 1963,
- 2)R. Savatier, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'Aujourd'hui, 3emeed,Dalloz , Paris, 1964.
- 3)L.Aubert . E. Savaux, introduction au droit,Tome 1,14^eédition ,2012,sirey,France.
- 4)M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004.
- 5)J.calais –Auloy et H-temple, droit de la consommation, 2 édition, Dalloz .2015.
- 6)F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 11 éd, Tome 1, 2013.

➤ **Les thèses et monographies :**

- 1)M. Hervieu,, Les Autorités Administratives indépendantes et le renouvellement du Droit commun des contrats, thèse de doctorat, université panthéon- ASSAS(PARIS II), dalloz, 2012.
- 2)M. Chongny , droit de la concurrence et droit commun des obligation,thèse de doctorat, université panthéon-sorbonne(paris1), 2002,dalloz.
- 3)H. Mazeaud, Défense du Droit privé, D. 1946, Chr, (p04-07).
- 4)Louis-Augustin Barrière, une approuve gistorique de la summa divisio droit public-droit privé , de l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?, Sous la direction de Baptiste Bonney et Pascale Deumier,thèmes commentaires, dalloz, 2010,(p07-30)
- 5)Louis Dubouis, conclusions, de l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ? Sous la direction de Baptiste Bonney et Pascale Deumier ,thèmes commentaires, dalloz, 2010,(p291-297).
- 6)Baptiste Bonney ,la summa divisio droit public-droit privé, chimère ou pierre angulaire ?, de l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?, Sous la direction de Baptiste Bonney et Pascale Deumier, ,thèmes commentaires, dalloz, 2010,(p03-06).
- 7)Pierre Delvolvé, un droit des contrats sans summa divisio serait-il possible ?, de l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?, Sous la direction de Baptiste Bonney et Pascale Deumier, ,thèmes commentaires, dalloz, 2010,(p257-274).
- 8)N. Charbit, Les objectifs du régulateur, Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité, Droit et économie de la régulation, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Volume 2, sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche, (P.F.N.S.P.), 2004, (p54-73).
- 9)Th. Pez, l'ordre public économique, les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n°49 -2015,(p43-57).

-
- 10)J. Chevallier, Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques , in Marie-Anne Frison-Roche, Droit et économie de la régulation. 4, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), 2006, (p143-150).
- 11)M.-Anne Frison-Roche, Contrat, concurrence, régulation ,RTD civ. 2004(p451-469).